

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
INSTITUT UNIVERSITAIRE DE HAUTES ÉTUDES INTERNATIONALES

L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

PRÉCÉDÉ D'UN APERÇU DE LA THÉORIE
DE L'ESTOPPEL EN DROIT ANGLAIS

THÈSE

présentée à l'Université de Genève
pour l'obtention du grade de Docteur ès sciences politiques

par

Antoine MARTIN
(SUISSE)

THÈSE N° 304

1978

En vente aux

EDITIONS A. PEDONE

13, Rue Soufflot, 13
PARIS V^e

1979

NOTE

L'auteur nous signale les erreurs et omissions suivantes,
dont il n'assume en aucune façon la responsabilité :

- A la page 15, par. 6, 1^{re} ligne : lire « s'entendant » au lieu de « s'étendant ».
- Aux pages 15, 38, 117 et 262 : lire « rétractation » au lieu de « rétraction ».
- A la page 59, note 275, 2^e ligne : ajouter le folio 39 dans l'espace laissé en blanc.
- A la page 251, note 810, 8^e ligne : ajouter le folio 12 dans l'espace laissé en blanc.

L'ÉDITEUR.

L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

**PRÉCÉDÉ D'UN APERÇU DE LA THÉORIE
DE L'ESTOPPEL EN DROIT ANGLAIS**

THÈSE

présentée à l'Université de Genève
pour l'obtention du grade de Docteur ès sciences politiques

par

Antoine MARTIN
(SUISSE)

THÈSE N° 304

En vente aux
EDITIONS A. PEDONE
13, Rue Soufflot, 13
PARIS V^e

—
1979

La Commission mixte, composée des doyens des Facultés de droit, des lettres, et des sciences économiques et sociales, et du directeur de l'Institut universitaire de hautes études internationales, sur le préavis des Professeurs Denise BINDSCHIEDLER, Christian DOMINICÉ et Michel VIRALLY, autorise l'impression de la présente thèse, sans entendre par là exprimer d'opinion sur les propositions qui y sont énoncées.

Genève, le 23 mai 1978.

Pour la Commission mixte
Jacques FREYMOND
Directeur de l'Institut universitaire.

Thèse N° 304.



AVANT-PROPOS

C'est à la mémoire de notre illustre maître, M. Paul Guggenheim, que cet ouvrage est dédié. L'éminent internationaliste, professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève (I.U.H.E.I.), nous avait signalé l'intérêt qu'une analyse approfondie de l'estoppel en droit des gens pourrait revêtir pour les juristes non formés à l'école de la common law, dans la mesure où l'on s'appliquerait à rechercher en premier lieu la manière dont cette règle, si souvent invoquée dans le cadre interétatique, a été mise au point par le système juridique qui lui a donné naissance, et à présenter également des considérations de droit comparé. Ayant dirigé ce travail à ses débuts, M. Guggenheim a dû malheureusement renoncer, en raison de son état de santé, à continuer à assumer cette tâche. Nous tenons à lui exprimer notre profonde reconnaissance pour son remarquable enseignement, ses conseils, et l'attention qu'il a toujours portée à nos travaux. Nous regrettons infiniment de ne pas avoir été en mesure de terminer cette étude de son vivant.

M. le Professeur Jacques Freymond, directeur de l'I.U.H.E.I., nous a témoigné une compréhension et une sympathie sans lesquelles cet ouvrage n'aurait pu être mené à terme.

Nous disons toute notre gratitude à M. Michel Virally qui, en tant que professeur à l'I.U.H.E.I., a très aimablement accepté d'assurer la suite de la direction de ce travail. Nous avons largement bénéficié de la clarté de ses vues et de ses encouragements continus.

Nous remercions aussi vivement M^{me} Denise Bindschedler-Robert, professeur à l'I.U.H.E.I. et juge à Cour européenne des Droits de l'Homme, qui nous a fait part de ses observations qualifiées aux différents stades de l'élaboration de cette étude, ainsi que M. le Professeur Christian Dominicé, aujourd'hui directeur de l'I.U.H.E.I. Notre reconnaissance va également à notre ami, M. Georges Abi-Saab, professeur à l'I.U.H.E.I., qui n'a cessé de nous prodiguer ses conseils et de soutenir nos efforts. Et nous ne saurions oublier de mentionner M. le Professeur Georges Perrin, dont l'excellent enseignement de droit international public à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne nous a incité à nous spécialiser dans cette branche.

Nous savons gré à M. Peter B.H. Birks, Law Fellow, Brasenose College, Oxford, d'avoir eu l'obligeance de prendre connaissance de la première Partie de ce travail, relative à l'estoppel en droit anglais, et de l'avoir jugée acceptable en tant qu'aperçu introductif.

Nos travaux de recherches ont été entrepris pour leur plus grande part à la Bibliothèque de l'Office européen des Nations Unies et à la Bibliothèque de l'I.U.H.E.I. Nous tenons à remercier particulièrement M. Badr Kasme, bibliothécaire en chef adjoint, et M. Basil Ross, chef de la section juridique et politique, de la Bibliothèque des Nations Unies, ainsi que M. Pierre Pagneux, directeur, et M^{lle} Irène Sauvin, de la Bibliothèque de l'I.U.H.E.I., pour l'aide efficace qu'ils nous ont toujours apportée.

Nos pensées vont enfin à M. le Professeur Jean Pictet, vice-président du Comité international de la Croix-Rouge (C.I.C.R.), qui, lorsque nous avons quitté le poste de chef adjoint de la Division juridique de cette institution, a mis diverses facilités à notre disposition à l'Institut Henry-Dunant, dont il était le directeur, pour nous permettre de mener à bien le présent ouvrage ; à M^{me} Marianne Bammate-Duvoisin, pour ses judicieuses remarques sur le style de certains passages ; à M^{me} Adrienne Martin-Rod, pour ses utiles indications sur des ouvrages et articles en langue italienne et pour le temps qu'elle a consacré à la correction des épreuves de ce livre ; à M^{me} Andrée Renevey, pour le soin avec lequel elle a dactylographié une grande partie du manuscrit ; à M^{lle} Lix Simonius, pour son aide s'agissant de la compréhension de passages d'ouvrages en langue allemande ; à M. Jiri Toman, directeur de recherches à l'Institut Henry-Dunant, pour la traduction d'un article en langue tchèque et ses renseignements sur la doctrine des publicistes soviétiques.

La publication de cette étude a été assurée grâce, notamment, à une subvention de l'Université de Genève et à un appui de l'I.U.H.E.I.

A.M.

Genève, janvier 1979.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

C'est en règle générale dans le corps même de l'ouvrage que l'on indique, pour certains recueils, répertoires, ouvrages généraux ou études monographiques, après en avoir donné le titre complet, l'abréviation qui sera utilisée par la suite pour les désigner.

S'agissant de divers recueils anglais de lois et de jurisprudence ainsi que de certains manuels anglais cités dans la première Partie de ce travail, il paraît possible d'utiliser directement leur abréviation la plus classique. En effet, de nombreux ouvrages anglais ou sur le droit anglais contiennent des listes d'abréviations de ces recueils et manuels, et il est donc facile de savoir à quoi correspond telle ou telle abréviation. Il est à signaler que l'on trouve d'utiles indications à ce sujet in René David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (avec la collaboration de H.C. Gutteridge et B.A. Wortley ; Paris : Recueil Sirey, 1948), p. 261 et ss.

A.F.D.I.	<i>Annuaire français de droit international</i> , 1955 —
A.J.I.L.	<i>American Journal of International Law</i> , 1907 —
A.S.D.I.	<i>Annuaire suisse de droit international</i> , 1944 —
B.Y.B.I.L.	<i>The British Year Book of International Law</i> , 1920 —
C.I.J.	Cour internationale de Justice.
C.P.A.	Cour Permanente d'Arbitrage.
C.P.J.I.	Cour permanente de Justice internationale.
I.C.L.Q.	<i>The International and Comparative Law Quarterly</i> , 1951 —
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris).
O.N.U.	Organisation des Nations Unies.
P.U.F.	Presses Universitaires de France.
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours professés à l'Académie de droit international de La Haye, 1923 —
R.G.D.I.P.	<i>Revue générale de droit international public</i> , 1894 —
R.S.A.N.U.	Recueil des sentences arbitrales publié par les Nations Unies.
S.D.N.	Société des Nations.
T.A.M.	Tribunaux arbitraux mixtes (institués à la suite de la première guerre mondiale).
Z.a.ö.R.V.	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht</i> , 1929-44, 1950 —

AUTRES ABRÉVIATIONS

al.	alinéa
art.	article
éd.	édition
par.	paragraphe
vol.	volume

PRINCIPAL ABBREVIATIONS

Digitized by the Internet Archive
in 2026

OTHER ABBREVIATIONS

ab	abundant
acc	accusative
ad	adjective
adv	adverb
ag	agreement
an	anaphora
ap	apposition
ar	article
as	asymmetry
at	attributive
ca	case
cl	clause
co	co-ordination
con	conjunction
cop	copula
cp	case phrase
cs	case system
ct	case theory
cu	case unit
cv	case value
cx	case extension
cy	case yield
cz	case zero
da	data
db	database
dc	data class
dd	data description
de	data element
df	data field
dg	data group
dh	data hierarchy
di	data item
dj	data instance
dk	data kind
dl	data label
dm	data map
dn	data name
do	data object
dp	data point
dq	data query
dr	data record
ds	data set
dt	data type
du	data unit
dv	data value
dw	data word
dx	data x-axis
dy	data y-axis
dz	data z-axis
ea	error analysis
eb	error base
ec	error class
ed	error description
ee	error element
ef	error field
eg	error group
eh	error hierarchy
ei	error item
ej	error instance
ek	error kind
el	error label
em	error map
en	error name
eo	error object
ep	error point
eq	error query
er	error record
es	error set
et	error type
eu	error unit
ev	error value
ew	error word
ex	extension
ey	extension y-axis
ez	extension z-axis
fa	feature analysis
fb	feature base
fc	feature class
fd	feature description
fe	feature element
ff	feature field
fg	feature group
fh	feature hierarchy
fi	feature item
fj	feature instance
fk	feature kind
fl	feature label
fm	feature map
fn	feature name
fo	feature object
fp	feature point
fq	feature query
fr	feature record
fs	feature set
ft	feature type
fu	feature unit
fv	feature value
fw	feature word
fx	feature x-axis
fy	feature y-axis
fz	feature z-axis
ga	goal analysis
gb	goal base
gc	goal class
gd	goal description
ge	goal element
gf	goal field
gg	goal group
gh	goal hierarchy
gi	goal item
gj	goal instance
gk	goal kind
gl	goal label
gm	goal map
gn	goal name
go	goal object
gp	goal point
gq	goal query
gr	goal record
gs	goal set
gt	goal type
gu	goal unit
gv	goal value
gw	goal word
gx	goal x-axis
gy	goal y-axis
gz	goal z-axis
ha	habit analysis
hb	habit base
hc	habit class
hd	habit description
he	habit element
hf	habit field
hg	habit group
hh	habit hierarchy
hi	habit item
hj	habit instance
hk	habit kind
hl	habit label
hm	habit map
hn	habit name
ho	habit object
hp	habit point
hq	habit query
hr	habit record
hs	habit set
ht	habit type
hu	habit unit
hv	habit value
hw	habit word
hx	habit x-axis
hy	habit y-axis
hz	habit z-axis
ia	idea analysis
ib	idea base
ic	idea class
id	idea description
ie	idea element
if	idea field
ig	idea group
ih	idea hierarchy
ii	idea item
ij	idea instance
ik	idea kind
il	idea label
im	idea map
in	idea name
io	idea object
ip	idea point
iq	idea query
ir	idea record
is	idea set
it	idea type
iu	idea unit
iv	idea value
iw	idea word
ix	idea x-axis
iy	idea y-axis
iz	idea z-axis
ja	job analysis
jb	job base
jc	job class
jd	job description
je	job element
jf	job field
jg	job group
jh	job hierarchy
ji	job item
jj	job instance
jk	job kind
jl	job label
jm	job map
jn	job name
jo	job object
jp	job point
jq	job query
jr	job record
js	job set
jt	job type
ju	job unit
jv	job value
jw	job word
jx	job x-axis
jy	job y-axis
jz	job z-axis
ka	knowledge analysis
kb	knowledge base
kc	knowledge class
kd	knowledge description
ke	knowledge element
kf	knowledge field
kg	knowledge group
kh	knowledge hierarchy
ki	knowledge item
kj	knowledge instance
kk	knowledge kind
kl	knowledge label
km	knowledge map
kn	knowledge name
ko	knowledge object
kp	knowledge point
kq	knowledge query
kr	knowledge record
ks	knowledge set
kt	knowledge type
ku	knowledge unit
kv	knowledge value
kx	knowledge x-axis
ky	knowledge y-axis
kz	knowledge z-axis
la	language analysis
lb	language base
lc	language class
ld	language description
le	language element
lf	language field
lg	language group
lh	language hierarchy
li	language item
lj	language instance
lk	language kind
ll	language label
lm	language map
ln	language name
lo	language object
lp	language point
lq	language query
lr	language record
ls	language set
lt	language type
lu	language unit
lv	language value
lw	language word
lx	language x-axis
ly	language y-axis
lz	language z-axis
ma	material analysis
mb	material base
mc	material class
md	material description
me	material element
mf	material field
mg	material group
mh	material hierarchy
mi	material item
mj	material instance
mk	material kind
ml	material label
mm	material map
mn	material name
mo	material object
mp	material point
mq	material query
mr	material record
ms	material set
mt	material type
mu	material unit
mv	material value
mw	material word
mx	material x-axis
my	material y-axis
mz	material z-axis
na	name analysis
nb	name base
nc	name class
nd	name description
ne	name element
nf	name field
ng	name group
nh	name hierarchy
ni	name item
nj	name instance
nk	name kind
nl	name label
nm	name map
nn	name name
no	name object
np	name point
nq	name query
nr	name record
ns	name set
nt	name type
nu	name unit
nv	name value
nw	name word
nx	name x-axis
ny	name y-axis
nz	name z-axis
oa	object analysis
ob	object base
oc	object class
od	object description
oe	object element
of	object field
og	object group
oh	object hierarchy
oi	object item
oj	object instance
ok	object kind
ol	object label
om	object map
on	object name
oo	object object
op	object point
oq	object query
or	object record
os	object set
ot	object type
ou	object unit
ov	object value
ow	object word
ox	object x-axis
oy	object y-axis
oz	object z-axis
pa	part analysis
pb	part base
pc	part class
pd	part description
pe	part element
pf	part field
pg	part group
ph	part hierarchy
pi	part item
pj	part instance
pk	part kind
pl	part label
pm	part map
pn	part name
po	part object
pp	part point
pq	part query
pr	part record
ps	part set
pt	part type
pu	part unit
pv	part value
pw	part word
px	part x-axis
py	part y-axis
pz	part z-axis
qa	quality analysis
qb	quality base
qc	quality class
qd	quality description
qe	quality element
qf	quality field
qg	quality group
qh	quality hierarchy
qi	quality item
qj	quality instance
qk	quality kind
ql	quality label
qm	quality map
qn	quality name
qo	quality object
qp	quality point
qq	quality query
qr	quality record
qs	quality set
qt	quality type
qu	quality unit
qv	quality value
qw	quality word
qx	quality x-axis
qy	quality y-axis
qz	quality z-axis
ra	relation analysis
rb	relation base
rc	relation class
rd	relation description
re	relation element
rf	relation field
rg	relation group
rh	relation hierarchy
ri	relation item
rj	relation instance
rk	relation kind
rl	relation label
rm	relation map
rn	relation name
ro	relation object
rp	relation point
rq	relation query
rr	relation record
rs	relation set
rt	relation type
ru	relation unit
rv	relation value
rw	relation word
rx	relation x-axis
ry	relation y-axis
rz	relation z-axis
sa	space analysis
sb	space base
sc	space class
sd	space description
se	space element
sf	space field
sg	space group
sh	space hierarchy
si	space item
sj	space instance
sk	space kind
sl	space label
sm	space map
sn	space name
so	space object
sp	space point
sq	space query
sr	space record
ss	space set
st	space type
su	space unit
sv	space value
sw	space word
sx	space x-axis
sy	space y-axis
sz	space z-axis
ta	task analysis
tb	task base
tc	task class
td	task description
te	task element
tf	task field
tg	task group
th	task hierarchy
ti	task item
tj	task instance
tk	task kind
tl	task label
tm	task map
tn	task name
to	task object
tp	task point
tq	task query
tr	task record
ts	task set
tt	task type
tu	task unit
tv	task value
tw	task word
tx	task x-axis
ty	task y-axis
tz	task z-axis
ua	unit analysis
ub	unit base
uc	unit class
ud	unit description
ue	unit element
uf	unit field
ug	unit group
uh	unit hierarchy
ui	unit item
uj	unit instance
uk	unit kind
ul	unit label
um	unit map
un	unit name
uo	unit object
up	unit point
uq	unit query
ur	unit record
us	unit set
ut	unit type
uu	unit unit
uv	unit value
uw	unit word
ux	unit x-axis
uy	unit y-axis
uz	unit z-axis
va	value analysis
vb	value base
vc	value class
vd	value description
ve	value element
vf	value field
vg	value group
vh	value hierarchy
vi	value item
vj	value instance
vk	value kind
vl	value label
vm	value map
vn	value name
vo	value object
vp	value point
vq	value query
vr	value record
vs	value set
vt	value type
vu	value unit
vv	value value
vw	value word
vx	value x-axis
vy	value y-axis
vz	value z-axis
wa	word analysis
wb	word base
wc	word class
wd	word description
we	word element
wf	word field
wg	word group
wh	word hierarchy
wi	word item
wj	word instance
wk	word kind
wl	word label
wm	word map
wn	word name
wo	word object
wp	word point
wq	word query
wr	word record
ws	word set
wt	word type
wu	word unit
wv	word value
ww	word word
wx	word x-axis
wy	word y-axis
wz	word z-axis
xa	x-axis analysis
xb	x-axis base
xc	x-axis class
xd	x-axis description
xe	x-axis element
xf	x-axis field
xg	x-axis group
xh	x-axis hierarchy
xi	x-axis item
xj	x-axis instance
xk	x-axis kind
xl	x-axis label
xm	x-axis map
xn	x-axis name
xo	x-axis object
xp	x-axis point
xq	x-axis query
xr	x-axis record
xs	x-axis set
xt	x-axis type
xu	x-axis unit
xv	x-axis value
xw	x-axis word
xx	x-axis x-axis
xy	x-axis y-axis
xz	x-axis z-axis
ya	y-axis analysis
yb	y-axis base
yc	y-axis class
yd	y-axis description
ye	y-axis element
yf	y-axis field
yg	y-axis group
yh	y-axis hierarchy
yi	y-axis item
yj	y-axis instance
yk	y-axis kind
yl	y-axis label
ym	y-axis map
yn	y-axis name
yo	y-axis object
yp	y-axis point
yq	y-axis query
yr	y-axis record
ys	y-axis set
yt	y-axis type
yu	y-axis unit
yv	y-axis value
yw	y-axis word
yx	y-axis x-axis
yy	y-axis y-axis
yz	y-axis z-axis
za	z-axis analysis
zb	z-axis base
zc	z-axis class
zd	z-axis description
ze	z-axis element
zf	z-axis field
zg	z-axis group
zh	z-axis hierarchy
zi	z-axis item
zj	z-axis instance
zk	z-axis kind
zl	z-axis label
zm	z-axis map
zn	z-axis name
zo	z-axis object
zp	z-axis point
zq	z-axis query
zr	z-axis record
zs	z-axis set
zt	z-axis type
zu	z-axis unit
zv	z-axis value
zw	z-axis word
zx	z-axis x-axis
zy	z-axis y-axis
zz	z-axis z-axis

INTRODUCTION

Dans *A la recherche du temps perdu* de Marcel Proust, le narrateur reproche à Françoise de faire des fautes de langage parce qu'elle a dit d'un manteau qu'il aurait fallu l'« envoyer chez l'estoppeuse », puis, après réflexion, il le regrette et observe : « ... ce reproche était particulièrement stupide, car les mots français que nous sommes si fiers de prononcer exactement ne sont eux-mêmes que des 'cuirs' faits par des bouches gauloises qui prononçaient de travers le latin ou le saxon, notre langue n'étant que la prononciation défectueuse de quelques autres. Le génie linguistique à l'état vivant, l'avenir et le passé du français, voilà ce qui eût dû m'intéresser dans les fautes de Françoise. L'« estoppeuse » pour la « stoppeuse » n'était-il pas aussi curieux que ces animaux survivants des époques lointaines, comme la baleine ou la girafe, et qui nous montrent les états que la vie animale a traversés ? »¹.

Ces remarques ont retenu toute notre attention lorsque nous nous sommes attaché à connaître l'étymologie du mot *estoppel*, et leur justesse nous a frappé puisque l'origine ancienne de ce mot, dérivé du verbe *to estop* qui avait autrefois la même signification que *to stop* (arrêter, empêcher), est à rechercher dans le mot français « estoupe », aujourd'hui « étoupe », issu lui-même du latin *stoppa*².

1. Marcel Proust, *A la recherche du temps perdu* (Paris : « Bibliothèque de la Pléiade », publié aux Editions Gallimard, 1969), tome II, pp. 736-737.

2. Cf. George Spencer Bower, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (Londres : Butterworth, 1923, ci-après mentionné « Spencer Bower, *Estoppel by Representation* »), pp. 1-2, qui note que seuls aujourd'hui le verbe *to stop* et son substantif *stoppage* sont restés d'un usage général dans la langue anglaise, les mots *to estop* et *estoppel* n'étant pratiquement plus utilisés dans leur sens non technique, c'est-à-dire non purement juridique. Une seconde édition de cet ouvrage, mise à jour par sir Alexander Kingcome Turner, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (2^e éd. ; Londres : Butterworth, 1966, ci-après mentionné « Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation* ») présente des remarques similaires, par. 1, p. 3. Il est à signaler que nous nous sommes largement inspiré de la pensée de ces deux auteurs dans la première Partie du présent travail, intitulée « Théorie et champ d'application de l'estoppel en droit anglais », en prenant également en considération leur analyse de l'institution de l'*estoppel by res judicata* (ou *estoppel per rem judicatam*) in George Spencer Bower, *The Doctrine of Res Judicata* (Londres : Butterworth, 1924, ci-après mentionné « Spencer Bower, *Res Judicata* ») et George Spencer Bower et sir Alexander Kingcome Turner, *The Doctrine of Res Judicata* (Londres : Butterworth, 1969, ci-après mentionné « Spencer Bower et Turner, *Res Judicata* »). Nous avons également tenu dûment compte des indications qui sont données sur l'*estoppel* dans le volume 15 de *Halsbury's Laws of England* (3^e éd. ; Londres : Butterworth, 1956) et ses compléments annuels.

Il est notoire qu'un grand nombre de termes juridiques anglais sont d'origine française, du fait de la conquête normande en 1066³. Tel fut notamment le cas pour le terme d'*estoppel*, si l'on se réfère aux indications que sir Edward Coke (1552-1633) a données dans son célèbre *Institutes of the Laws of England or a Commentary upon Littleton*, paru en 1628 :

« ... 'estoppe' cometh of the French word *estoupe*, from whence the English word *stopped*: and it is called an *estoppel* or conclusion, because a man's own act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to allege or plead... »⁴

Comme Jean Dargent, un auteur français, l'a noté dans son ouvrage sur l'*estoppel* en droit anglais, paru en 1943 :

« ... De même qu'on utilise un tampon d'étau pour obstruer une voie d'eau qui, malencontreusement, s'est produite dans une paroi, ainsi un plaideur emploie-t-il le moyen de l'*Estoppel* au cours d'un procès judiciaire, comme il mettrait un baillon aux lèvres de son adversaire pour lui interdire péremptoirement d'alléguer telle prétention qui serait en contradiction flagrante avec certains faits auxquels s'attache un caractère de vérité incontrovertible : et ceci a pour résultat de simplifier singulièrement les procédures. »⁵

Plusieurs auteurs, et particulièrement ces dernières années, ont publié d'importantes études sur l'*estoppel* en droit des gens⁶, mais aucun d'entre eux ne semble avoir estimé nécessaire d'introduire son travail par quelques observations sur l'origine de cette institution et sur les nombreux développements qu'elle a pris dans le système juridique où elle est née. Si une telle analyse préliminaire ne revêt certes que peu d'intérêt pour les internationalistes des pays de la *common law*, à qui les diverses institutions de leur système juridique interne sont familières, elle paraît en revanche de la plus grande utilité pour ceux qui n'ont pas été formés à l'école du droit anglo-américain car, comme on le constatera, ils ont souvent montré qu'ils étaient quelque peu désorientés par une notion qui ne correspondait que très imparfaitement à des notions d'eux connues, et il en est résulté l'apparition de thèses fort divergentes.

3. Cf. notamment Pollock et Maitland, *History of the English Law Before the Time of Edward I* (1^{re} éd.; Cambridge : At the University Press, 1895), qui écrivent, p. 58 : « It would be hardly too much to say that at the present day almost all our words that have a definite legal import are in a certain sense French words. »

4. 2 Coke on Litt., par. 352 a, cité par Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, p. 3, note 1, qui indiquent également : « Dr. Murray (*New English Dict., sub. voc.*) gives as equivalent of the English 'estop' the following : Old. Fr., 'estopper, estouper, estoupal' » Anglo-Fr., 'estopper' ; Provençal and Spanish, 'estope' ; Modern Fr., 'étoupe'. The first meaning there assigned is : 'to stop with a dam, plug, bar, cork — to fill up a pool — obstruction to watercourse,' etc., and the second is, 'to stop, bar, preclude, hinder, prevent'. »

5. Jean Dargent, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'« Estoppel »* (Thèse de Grenoble ; Tourcoing : Imp. G. Frère, 1943), p. 3.

6. Voir les différentes publications mentionnées *infra*, p. 70, note 40. Voir également *infra*, par. 65-71, pp. 173-192.

Nous jugeons donc approprié de commencer cet ouvrage en essayant de donner, dans la première Partie, un aperçu de la théorie de l'*estoppel* en droit anglais, et nous portons par conséquent notre attention sur les deux formes principales que celle-ci revêt aujourd'hui : la forme de l'*estoppel by representation* et la forme de l'*estoppel by res judicata* (ou *estoppel per rem judicatam*). Nous nous limitons à vrai dire à l'essentiel et paraîtrons sans doute incomplet aux spécialistes, mais, comme nous le soulignons à diverses reprises, nous sommes arrivé à la conviction qu'une étude plus approfondie du droit interne ne s'imposait pas aux fins de la théorie de l'*estoppel* en droit des gens⁷.

Dans la deuxième Partie, intitulée « Réception de l'institution de l'*estoppel* par le droit international public », nous procédons à un examen détaillé de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine internationales⁸. Nous constatons que seule l'institution de l'*estoppel by representation* a été prise jusqu'ici en considération au plan international, et nous relevons l'existence de deux conceptions générales opposées de l'*estoppel*, qui se subdivisent chacune en diverses tendances : pour l'une, extensive, l'*estoppel* s'appliquerait en cas de contradiction entre un comportement actuel et un comportement antérieur d'un sujet du droit international et constituerait une règle qui viserait, indépendamment des rigoureuses conditions d'application mises au point par le droit anglais pour l'*estoppel by representation*, à empêcher une Partie, en vertu même du principe de la bonne foi, de contredire ou de contester ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire ; d'après l'autre, restrictive, l'*estoppel* n'opérerait que si certains éléments constitutifs — correspondant dans leurs grandes lignes à ceux que la *common law* a établis pour l'*estoppel by representation* — se trouvent réunis. Nous constatons également que ces deux conceptions opposées ont entraîné de vastes débats contradictoires, riches d'enseignements, et nous parvenons à la conclusion — tenant compte de diverses décisions arbitrales et judiciaires, et, tout particulièrement, de la jurisprudence de la Cour de La Haye — que le droit des gens s'est manifestement prononcé aujourd'hui en faveur de la conception restrictive puisqu'il a transposé de l'ordre interne à l'ordre international les éléments essentiels qui caractérisent l'institution anglaise de l'*estoppel by representation*, en les adaptant aux situations visées. C'est pourquoi l'on peut véritablement parler d'une « réception » de cette institution par le droit international — étant entendu qu'une règle qui préside aux rapports entre sujets de droit international ne peut pas être exactement la même que celle qui régit les relations des individus entre eux dans le cadre d'un système de droit interne. Nous nous

7. Il est à signaler que nous avons achevé la rédaction de cette première Partie en juillet 1976. Cependant, aucun développement marquant ne semble être intervenu jusqu'à la publication du présent ouvrage.

8. Examen qui s'arrête à février 1978.

penchons alors sur la question théorique, liée au problème des sources du droit international, de savoir par quelle voie l'*estoppel by representation* s'est introduit dans le droit des gens ; nous tentons de démontrer que, contrairement à l'avis de certaines autorités, l'*estoppel* strictement défini ne saurait être qualifié de « principe général de droit reconnu par les nations civilisées » (aux termes de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice) mais qu'il a pris corps dans l'ordre international en tant que règle coutumière, en ce sens que sa réception par le droit des gens s'est clairement réalisée par la voie de la « coutume jurisprudentielle » (*customary case-law*). Nous examinons enfin si, par certains de ses aspects, l'institution de l'*estoppel by res judicata* ne serait pas, elle aussi, susceptible d'intéresser le droit international.

Considérant que le droit des gens s'est prononcé en faveur d'une construction rigoureuse de l'*estoppel*, en reprenant à son compte les traits fondamentaux de l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law*, nous construisons la troisième Partie de cet ouvrage — intitulée « Théorie et champ d'application de l'*estoppel* en droit international public » — en adoptant à peu près la structure du Chapitre II de la première Partie, relatif à l'*estoppel by representation* tel qu'il a été mis au point par le droit anglais. Nous étudions en conséquence les questions suivantes : définition, nature juridique et effets de l'*estoppel* ; les éléments constitutifs de l'*estoppel* ; fondement juridique de l'*estoppel* ; mise en œuvre de l'*estoppel* ; fins de non-recevoir contre l'*estoppel* ; champ d'application de l'*estoppel*.

∴

Comme nous le soulignons à la fin de notre analyse de la jurisprudence internationale, on peut affirmer que le terme d'*estoppel* s'est introduit aujourd'hui dans le vocabulaire juridique international et qu'aucun ouvrage général de droit international public ne saurait le laisser de côté⁹. Il est certain, cependant, que l'introduction de ce terme a soulevé et continuera probablement de soulever de vives

9. On verra en effet dans la deuxième Partie de cet ouvrage que des internationalistes de la plupart des pays du monde n'hésitent pas à utiliser la notion d'*estoppel*, que des juristes anglais et américains ont introduite dans le droit des gens au cours du XIX^e siècle. Il est certain que les conseillers, les avocats, les arbitres ou les juges venant des pays de langue anglaise ou de pays qui ont été ou sont encore associés à l'Angleterre et dans lesquels l'influence de la *common law* a été considérable ne craignent guère de recourir à cette institution sur le plan international. Mais on constatera également que des autorités dont la formation ne doit rien à l'école du droit anglo-américain estiment souvent utile de faire appel à l'*estoppel*. Et s'il est vrai que les Soviétiques sont longtemps restés réfractaires, ils paraissent admettre maintenant que le terme d'*estoppel* s'est intégré au langage juridique international — ainsi que le signale, par exemple, l'ouvrage de A.N. Talalaev, *Mezhdunarodnye dogovory v sovremennoe miro* (trad. : *Les traités internationaux dans le monde contemporain*) (Moscou : Izdatel'stvo « Mezhdunarodnye otnosheniia », 1973), pp. 230-233, dans son commentaire de l'art. 45 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités à propos duquel il se réfère expressément à l'*estoppel*.

critiques. Mais il nous paraît opportun de nous référer à ce propos à d'intéressantes observations de Paul Reuter :

« ...A partir du moment où l'on a pris conscience de la lourde infirmité constituée par l'absence d'une langue internationale, il faut accepter que les termes par lesquels s'exprime un consentement commun soient maladroits. L'essentiel est qu'il y ait accord sur la règle, peu importe que les termes employés semblent inadéquats ; tout vocabulaire juridique est étonnamment pauvre ; celui qui sert à l'élaboration du droit international l'est davantage encore puisqu'il doit présenter d'une langue à une autre des correspondances reçues.

...on se contentera de bien établir le contenu des règles que ces termes servent à définir, en prenant pleine conscience de l'indépendance du droit international par rapport aux droits nationaux. »¹⁰

∴

Quelques indications d'un caractère purement technique s'imposent encore, sur des questions de forme et de méthode.

S'agissant de la première Partie de ce travail, relative à l'*estoppel* en droit anglais, nous citons à plusieurs reprises dans les notes de bas de pages des extraits de décisions judiciaires, d'ouvrages et d'articles d'auteurs, de rapports, etc., sans juger nécessaire de les traduire. Le texte même de l'étude, en revanche, ne contient aucune citation en langue anglaise, et si nous jugeons préférable, à titre exceptionnel, de conserver certaines expressions juridiques non traduites, c'est parce qu'aucun vocable français, sinon une périphrase, ne nous paraît donner leur sens exact — et nous indiquons alors en notes les différents termes ou groupes de termes français qui recouvrent approximativement les notions visées par ces expressions.

En ce qui concerne les deuxième et troisième Parties de l'ouvrage, relatives à l'*estoppel* en droit international public, nous citons par contre très souvent dans notre exposé de larges passages en langue anglaise tirés de plaidoiries, de décisions arbitrales ou judiciaires et des opinions individuelles ou dissidentes qui y sont jointes, ainsi que de monographies et d'articles de publicistes, sans en donner la traduction en notes. On pourra nous le reprocher, en soulignant notamment que les arrêts et avis consultatifs de la Cour de La Haye sont excellentement traduits par le Greffe de la Cour. Nous considérons toutefois que tout internationaliste devrait connaître l'anglais et le français, langues officielles de cette haute instance (cf. art. 39, par. 1, du Statut de la C.I.J.), et cela d'autant plus qu'aucune traduction, si bonne qu'elle soit, ne peut rendre parfaitement — on le constate tout particulièrement pour ce qui est d'un problème très technique tel que l'*estoppel* — les idées exprimées dans le texte

10. Paul Reuter, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1961, vol. II, p. 437.

faisant foi. Nous suivons donc à cet égard la méthode adoptée par Paul Guggenheim pour le *Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice*¹¹, dont il a été l'initiateur et le directeur.

Nous nous inspirons également de la méthode de ce *Répertoire* dans notre analyse des affaires arbitrales et judiciaires internationales, en portant notre attention non seulement sur le texte des décisions et des opinions individuelles ou dissidentes, mais aussi sur la documentation qui permet de suivre le développement du procès, c'est-à-dire sur l'ensemble des pièces de la procédure écrite et orale soumises aux tribunaux internationaux. Cette méthode permet en effet de voir dans le détail comment le problème a été posé devant le tribunal et comment celui-ci, à travers les argumentations opposées des Parties, est arrivé à sa solution¹². Cela nous semble particulièrement adéquat s'agissant de l'*estoppel*, car il nous paraît utile d'étudier la lente construction juridique de cette règle sur le plan international en nous référant aux vastes débats contradictoires qu'elle a entraînés. Certaines de ces citations paraîtront sans doute un peu longues, mais, examinées de près, elles permettent de mieux comprendre les raisons pour lesquelles le droit international s'est nettement prononcé aujourd'hui — c'est tout au moins la principale conclusion à laquelle nous parvenons — en faveur d'une stricte détermination de l'*estoppel*, en s'inspirant directement de la théorie de l'*estoppel by representation de la common law*.

11. Jusqu'ici, seuls trois volumes de la Série I (Cour permanente de Justice internationale, 1922-1945) de ce *Répertoire* — ci-après mentionné *Répertoire Guggenheim* — ont paru. Il s'agit des volumes I, Krystyna Marek, *Droit international et droit interne* (Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, n° 38; Genève: Droz, 1961), II, Krystyna Marek, Hans-Peter Furrer et Antoine Martin, *Les sources du droit international* (Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, n° 47; Genève, 1967), et III, Lucius Caflisch, Christiane Verdon, Hans-Jörg Geiser et Heinrich B. Reimann, *Les sujets du droit international* (Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, n° 51; Genève, 1973).

12. Voir les indications fort pertinentes données à ce sujet par Paul Guggenheim dans le volume I de ce *Répertoire*, sous « Introduction à la collection », pp. IX-XI.

Première Partie

THÉORIE ET CHAMP D'APPLICATION
DE L'ESTOPPEL
EN DROIT ANGLAIS

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET DÉVELOPPEMENT DE LA RÈGLE DE L'ESTOPPEL EN DROIT ANGLAIS

1. Généralités sur l'histoire du droit anglais. — Comme certains auteurs l'ont observé¹, les premiers siècles du droit anglais portent l'empreinte d'un très grand formalisme. Ce n'est qu'au xvi^e siècle — grâce, notamment, à la Cour du Chancelier et aux règles de l'*equity* qui furent son œuvre — qu'une réaction s'esquissa contre la rigueur des principes établis et que l'on assista à des changements dans les conceptions juridiques. Avec l'accroissement du pouvoir royal, en effet, les fonctions judiciaires du Chancelier, dont la juridiction devint pratiquement indépendante à partir de l'avènement d'Henri VII (Tudor), en 1485, prirent une grande extension et déterminèrent une transformation considérable de l'organisation judiciaire de l'Angleterre². Alors que la *common law*, administrée par le Cours de Westminster, étouffait dans le corset rigide d'une procédure formaliste, les Chanceliers, sortes de modernes prêteurs, s'efforcèrent d'introduire des principes nouveaux — principes de morale et de justice — en vue de corriger le droit existant et de suppléer à ses lacunes. C'est ainsi que naquit et se développa un corps de règles, les règles de l'*equity*, appliquées par les Cours d'*Equity*, qui jugeaient « en conscience et *in personam* », selon un système procédural beaucoup plus souple que celui de la *common law*³. Consacrant le déclin du formalisme excessif des siècles passés, l'*equity* amena les juristes à interpréter les actes juridiques en s'attachant beaucoup plus à leur contenu qu'à leur forme.

1. Notamment Dargent, *op. cit.*, p. 4, et R. David, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (Paris : Recueil Sirey, 1948), pp. 9-89, qui distingue entre a) la période du très ancien droit (le droit anglo-saxon proprement dit), qui va des origines jusqu'à la conquête de l'Angleterre par les Normands, en 1066 ; b) la période féodale, au cours de laquelle se forme la *comon law*, jusqu'au règne d'Henri VII (1485) ; c) la période de l'absolutisme royal, qui voit l'épanouissement de la *common law* et la formation des règles de l'*equity*, jusqu'en 1832 ; d) la période contemporaine, période du droit moderne, caractérisée par d'importantes réformes juridiques. D'après cet auteur (p. 16), l'expression « droit anglo-saxon » s'entend du droit antérieur à la période normande, et il serait donc erroné de l'employer pour désigner le système moderne du droit anglais ou le droit anglo-américain.

2. David, *op. cit.*, pp. 46-49.

3. Cf. H.G. Hanbury, *Modern Equity* (2 éd., ; Londres, Stevens & Sons, 1937), p. 88 et ss.

L'estoppel, qui prit naissance, puis se développa, dans le cadre de la procédure probatoire, ne manqua pas de subir les contrecoups de cette évolution du droit.

2. Origine de la règle de l'estoppel.— Dans le très ancien droit anglais, c'est-à-dire jusqu'à l'invasion normande en 1066, le système probatoire ne connaissait comme moyens de preuve que le serment (*oath*), diverses formes d'ordalies par le feu ou par l'eau, elles-mêmes précédées d'un serment, ainsi que l'épreuve par la Croix : c'était le règne du *Judicium Dei*⁴. Le duel judiciaire semble n'être apparu qu'au IX^e siècle, importé par les invasions danoises⁵. La preuve par témoins, de même que la preuve écrite, n'existaient pas ou, du moins, n'étaient employées qu'à titre exceptionnel⁶. C'est dans ce climat rigoureux que fut instituée la preuve par *record*⁷, d'où devait résulter la première forme de l'estoppel.

a) *L'estoppel by record*. La preuve par *record* se substitua peu à peu aux moyens de preuve primitifs dans certains domaines du droit, en particulier dans celui des actes juridiques⁸. Son origine, qui n'est pas nettement établie⁹, semble liée au fonctionnement de la *Curia Regis*, institution créée après la conquête normande, dont les attributions, très variées, comprenaient notamment l'administration de la justice et la promulgation ou l'authentification de certains actes ou transactions publics ou privés¹⁰. C'est dans le cadre de ces activités que ce nouveau mode de preuve apparut : les Parties intéressées pouvaient demander à celui ou à ceux des membres de la *Curia Regis* qui avaient rendu un jugement les concernant, ou constaté leurs transactions, de s'en souvenir, au cas où ceux-ci venaient à être contestés, afin d'en témoigner, d'en apporter la preuve¹¹. Moyen de preuve oral au début, le *record* devint rapidement écrit, à partir du moment où les membres de la *Curia Regis*, en vue d'éviter les risques d'imprécision et d'oubli, prirent l'habitude de noter pour leur propre

4. Pour un tableau complet du système probatoire dans le droit anglo-saxon, cf. Pollock et Maitland, *op. cit.*, tome II, p. 595 et ss.

5. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 8.

6. Cf. Pollock et Maitland, *op. cit.*, II, p. 636 et ss., et Dargent, *op. cit.*, p. 9.

7. Selon 2 *Coke on Littleton*, 260 A, le mot *record* est dérivé du latin *recordor* (« je me souviens »).

8. Cf. Pollock et Maitland, *op. cit.*, II, p. 666.

9. Dargent, *op. cit.*, p. 9, mentionne des auteurs qui la disent anglo-normande.

10. David, *op. cit.*, p. 22, indique que la *Curia Regis*, à ses débuts un conseil groupant des prélats et des magnats autour du Roi normand, en vint à réunir des milliers d'hommes libres lorsqu'une question grave se posait. Il fait observer que : « ...de la *Curia Regis* se sont détachés, au cours des âges, différents rameaux, au fur et à mesure que l'accroissement du pouvoir royal ou l'évolution des temps exigeaient une plus grande spécialisation. La *Curia Regis* est à l'origine de ce qui devait être le Parlement de Westminster. D'elle se sont détachées, pour exercer la fonction judiciaire, les Cours Royales de Westminster qui ont établi la Common Law : Cours de l'Echiquier, Cour des Plaids Communs, Cour du Banc du Roi. »

11. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 9.

compte les principaux points des procédures qui se déroulaient devant eux¹². Très vite ces documents, revêtus du sceau royal, acquirent un caractère officiel d'authenticité qui explique le degré d'autorité particulièrement élevé dont ils bénéficièrent, en tant que moyens de preuve de leur contenu¹³. Ils revêtaient un tel degré de crédit et de vérité que — pour reprendre les termes d'un commentateur classique¹⁴ — l'on ne pouvait rien avérer, plaider ou prouver à leur encontre, interdiction que l'on dénomma *estoppel by record*¹⁵. L'importance de la *Curia Regis* s'accrut avec l'extension prise par le pouvoir royal, et la preuve par *record* — avec l'effet qu'elle entraînait, l'*estoppel* — se développa de telle manière que les Cours royales qui appliquaient la *common law* furent appelées *Courts of Records*¹⁶. On se trouvait en pleine période de formalisme juridique : c'était la solennité de l'acte qui conférait à son contenu un caractère de vérité irréfragable.

b) *L'estoppel by deed*. Le même caractère de vérité fut bientôt accordé à des actes — des contrats pour la plupart — solennellement passés sous le sceau des Parties, dont l'usage prit un grand développement¹⁷. Les formalités qui marquaient un tel acte, nommé *deed*¹⁸, expliquent, comme pour le *record* dont il est à peu près contemporain, l'autorité dont il bénéficiait. *L'estopped by deed* découlait de la force probante absolue du *deed*.

c) *L'estoppel by matter in pais*. Le moyen de preuve résultant des *acts in pais* remonte probablement au XIII^e siècle¹⁹. Relatifs à des transactions immobilières, les *acts in pais* étaient ainsi nommés parce qu'ils avaient lieu en public, devant les voisins et les gens du pays, sur le lieu même où se trouvait l'immeuble auquel avait trait la transaction²⁰. Bien que non écrits, ils ne cédaient en rien,

12. *Ibid.*, p. 10 : « ...la Cour du Roi en vint très tôt, sous le règne d'Henri II (1154-1189), à tenir un document écrit, officiel, dressé sous forme de rouleau (roll), et revêtu du sceau royal, où étaient inscrits, chronologiquement, les faits principaux qui avaient été constatés par elle, ou sur lesquels elle s'était prononcée. »

13. *Ibid.*, p. 11.

14. 2 *Coke on Littleton*, 260 A : « ...the rolls being the records or memoranda of the judges of the courts of record, import in them such uncontrollable credit and verity as they admit no averment, plea, or proof to the contrary. »

15. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 11.

16. *Ibid.*, p. 12.

17. Pollock et Maitland, *op. cit.*, II, pp. 220-221, fait observer qu'au XII^e siècle, seul le roi possédait un sceau (le Grand Sceau du Royaume), mais que, dès le début du XIII^e siècle, tout homme libre pouvait avoir son propre sceau ou, du moins, obtenir celui du Noble de l'endroit.

18. Dargent, *op. cit.*, p. 12, observe que le *deed* peut être unilatéral, et se nomme alors *deed poll* (du verbe *to poll*, « étêter », parce qu'on en arrondissait naguère les angles en vue de le distinguer de l'acte bilatéral), ou synallagmatique, et il est parfois appelé *indenture* dans un tel cas.

19. Cf. Pollock et Maitland, *op. cit.*, II, p. 601, qui parle de « proof given by the verdict of a sworn inquest of neighbours or proof 'by the country' ».

20. 2 *Coke on Littleton*, 352a, en donne cinq exemples : « ...as by livery, by entry, by acceptance of rent, by partition, and by acceptance of an estate ». Voir également Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 9, p. 5.

quant au formalisme, aux *records* et aux *deeds* et se virent rapidement reconnaître le même effet absolu que ceux-ci, par le moyen de l'*estoppel by matter in pais*²¹. Si un différend venait à s'élever à leur propos, le témoignage des gens du pays qui avaient assisté à la transaction, ou en avaient eu connaissance, revêtait un tel degré de certitude, du fait de la solennité de l'acte, qu'il ne pouvait être contredit.

3. Développement de la règle de l'*estoppel*. — Le caractère entier de la règle explique les attaques dont elle fut l'objet de la part de nombreux auteurs, particulièrement aux XVIII^e et XIX^e siècles²². L'*estoppel* est « odieux » disait-on, eu égard à la rigueur d'un principe qui pouvait avoir pour résultat d'empêcher que la vérité se fasse jour en raison de la force probante absolue attribuée à certains actes du fait de la solennité et des formalités qui avaient présidé à leur conclusion²³. Avec le développement des juridictions d'*equity*, au fur et à mesure que le droit mettait l'accent sur le contenu des actes plutôt que sur leur forme, on assista à une transformation progressive des trois formes de l'*estoppel*²⁴.

a) Evolution de l'*estoppel by record*. L'*estoppel* qui s'attachait aux *records* des Cours royales (*Courts of Records*) en vint à être reconnu aux décisions de la Cour de la Chancellerie — on parla alors d'« *estoppel by quasi of record* »²⁵ — et, par la suite, à toute décision judiciaire régulière d'un tribunal compétent, y compris les sentences rendues par les arbitres qui, pourtant, ne tiennent pas de registres officiels²⁶. L'*estoppel by record* ne découlait plus de la forme de l'acte, mais bien de son contenu, et il fit progressivement place à un *estoppel* plus général, communément désigné sous le nom d'*estoppel by res judicata* ou d'*estoppel per rem judicatam*²⁷.

21. Ainsi que le signale Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, loc. cit., pp. 4-5, le mot *pais* s'écrit généralement aujourd'hui *pais*, et l'on parle d'*estoppel in pais*. Voir également *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, par. 422, p. 223.

22. Dargent, *op. cit.*, p. 4, observe que « Jusqu'au XVII^e siècle, l'authenticité du fait énoncé dans un acte ne pouvant être contrôlée qu'au moyen des formalités et de la solennité ayant entouré cet acte, l'*Estoppel* est donc un moyen exclusivement destiné à sanctionner le formalisme et la solennité des actes juridiques, ceux qui y sont parties étant « *estopped* » ou forclos, dans toute instance ultérieure où ce fait est invoqué, de rien dire ou alléguer à son encontre ».

23. Cf. E. Riezler, *Venire contra factum proprium* (Leipzig : Duncker et Humblot, 1912), pp. 71-72, Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 25 A, pp. 23-24, Dargent, *op. cit.*, p. 17, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 14-16, pp. 18-21.

24. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 4.

25. *Ibid.*, p. 19, pour qui ce développement remonte à une décision judiciaire rendue en 1691.

26. *Ibid.*, p. 20.

27. L'*estoppel by res judicata* est examiné *infra*, Chapitre III, par. 26-36, pp. 49-62. On peut observer, avec Dargent, loc. cit., que l'*estoppel by record* proprement dit subsiste dans la mesure où il existe encore des *records* dont la force probante absolue tient à la forme et dont tout le monde est *estopped* de dénier les termes : tel est le cas, par exemple, d'une loi d'intérêt général (*Public Act of Parliament*) promulguée sous le sceau royal. Voir également les remarques présentées à ce sujet ci-dessous, p. 49, note 220.

b) Evolution de l'*estoppel by deed*. On assista également ici à une lente évolution de la forme vers le fond, de telle sorte que l'*estoppel by deed* devint susceptible de résulter de tout contrat, même non scellé, et, sous certaines conditions, de toute déclaration écrite, même faite sans forme²⁸.

c) Evolution de l'*estoppel by matter in pais*. Un développement des plus frappants le marqua : d'une part, il fut étendu aux transactions mobilières²⁹ ; d'autre part, grâce à l'intervention de l'*equity*, il put découler, si certaines conditions étaient remplies, de simples déclarations de volonté dépourvues de forme, de certaines représentations des faits, lorsqu'on pouvait raisonnablement en inférer qu'elles correspondaient à la réalité des points qu'elles entendaient exprimer : il était considéré juste et équitable, dans certaines circonstances, d'empêcher leur auteur de dénier leur vérité, car elles bénéficiaient, elles aussi, d'une force probante absolue³⁰. Ainsi assoupli par les Cours d'*Equity*, cet *estoppel* rénové — nommé *estoppel by representation* ou *equitable estoppel* — eut une influence déterminante sur l'*estoppel* de la *common law*³¹ et prit une place prépondérante dans le droit anglais³².

4. Portée actuelle de la théorie de l'*estoppel*. — On peut considérer, avec certains auteurs³³, que l'*estoppel* revêt aujourd'hui

28. Dargent, *op. cit.*, p. 21, souligne que la force probante du *deed*, et la présomption de vérité qui en découle, ne se rattache plus « à la forme extérieure de l'acte (*instrumentum*) mais à sa substance, au '*negotium*', à la déclaration même contenue dans cet acte ».

29. *Ibid.*, p. 23. Ainsi, l'*estoppel in pais* fut appliqué par analogie au contrat de *bailment*, aux termes duquel une Partie délivre ou confie une chose mobilière à une autre Partie, qui doit veiller à sa conservation et la restituer en bon état (exemples : prêt sur gage, dépôt, contrat de transport).

30. *Ibid.*, pp. 24-25. Voir également Riezler, *op. cit.*, p. 58.

31. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 22, pp. 18-19, observe : « ...the doctrine of estoppel by representation is one and the same, whether administered by court of law or by courts of equity, and rests on the same broad principle applicable to all human transactions indifferently ; and the adjective 'equitable' answers neither to any new features in this rule of evidence, nor to any new result of its operation ». Dans le même sens, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 10, p. 12.

32. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 422, p. 223, souligne (notes omises) : « The branch of estoppel most frequently invoked in modern times, and presenting itself in infinite variety, is that form of estoppel in pais which is generally known as estoppel by representation ».

33. Notamment Spencer Bower, qui précise dans la préface de son *Estoppel by Representation*, p. V : « Estoppel by representation is conceived in this work as embracing every form of estoppel known to the law of England other than estoppel *per rem judicatam*, which rests on totally distinct principles, and in which representation plays no part », et Dargent, *op. cit.* Ces auteurs n'entendent pas dénier par là l'importance des autres catégories de l'*estoppel*, mais ils estiment pouvoir les classer sous l'une ou l'autre de ces deux formes principales. A leur avis, l'*estoppel by deed*, en tant qu'il vient sanctionner les déclarations de fait contenues dans le *deed*, entre dans le cadre général de l'*estoppel by representation* (cf. notamment Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 8, p. 4, et par. 65-68, pp. 55-57, Dargent, *op. cit.*, p. 145. Voir également Joseph Chitty, *On Contracts* (22^e éd. ; General Editor : John Morris, Editors : T.H. Bingham and others ; Londres : Sweet & Maxwell, 1961). I, par. 29, p. 16. *Halsbury's Laws of England* conserve quant à lui la classifica-

deux formes principales en droit anglais : celle de l'*estoppel by res judicata*, opérant en matière de décisions judiciaires, et celle de l'*estoppel by representation*, encore en pleine évolution, intervenant dans le domaine des déclarations de volonté. Dans l'un et dans l'autre cas, son effet est celui d'une règle en vertu de laquelle une présomption absolue de vérité s'attache à certains points de fait et de droit, à l'encontre desquels rien ne peut être prouvé³⁴. Les diverses catégories de l'*estoppel* peuvent être classées sous l'une ou l'autre de ces deux formes principales³⁵.

5. Remarques sur l'ordonnance des matières aux Chapitres II et III. — A la différence des principaux auteurs anglais³⁶ qui, pour les raisons d'histoire du droit susmentionnées³⁷, ouvrent généralement leur étude des diverses catégories de l'*estoppel* par l'*estoppel by res judicata*, on examinera l'*estoppel by representation* (Chapitre II) en premier lieu et d'une façon un peu plus détaillée que l'*estoppel by res judicata* (Chapitre III), compte tenu de l'économie générale du présent ouvrage : ainsi que tentera de le démontrer en effet la deuxième Partie de ce travail³⁸, le droit international public ne semble avoir reçu jusqu'ici que la théorie de l'*estoppel by representation*, encore que — comme on l'indiquera³⁹ — certains aspects de la théorie de l'*estoppel by res judicata* paraissent également de nature à pouvoir l'intéresser.

tion et la terminologie classiques et examine, successivement, l'*estoppel by matter of record*, l'*estoppel by deed* et l'*estoppel in pais*. Il est à signaler que sir Alexander Kingcome Turner n'a pas jugé possible, dans la deuxième édition de l'*Estoppel by Representation* de Spencer Bower qu'il a mise au point et publiée en 1966, de considérer — à l'instar de la première édition — que l'*estoppel by deed* ne constitue pas une forme à part de l'*estoppel* ; il fait observer à ce propos, par. 2, p. 4 : « The view was expressed in the first edition of this work that estoppel by deed is not a separate class ; but it is now considered that while estoppels by deed have, generally speaking, the same attributes as estoppels by representation, there is reason, both on principle and on authority, for considering estoppel by deed as a separate topic. It has accordingly been reserved for separate treatment, so far as separate treatment is necessary, in Chapter VIII of this work » et par. 154, pp. 144-145, « ...estoppel by deed, though it may present most of the characteristics of estoppel by representation, to which it may in general be likened, is yet a distinct species of estoppel and should be so treated. Failure to recognize this must ultimately result in some degree of confusion of thought » ; on indiquera donc dans la suite de la présente étude, chaque fois que cela sera nécessaire, en quoi l'*estoppel by deed* se distingue de l'*estoppel by representation*.

34. Cf. Dargent, *op. cit.*, pp. 239-240.

35. Voir en particulier les différentes catégories de l'*estoppel by representation* mentionnées *infra*, par. 25, pp. 45-48.

36. Cf. notamment *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, p. 167 (table des matières de la partie de l'ouvrage consacrée à l'*estoppel*).

37. *Supra*, par. 2, pp. 10-12.

38. *Infra*, p. 63 et ss., en particulier Chapitre V, p. 193 et ss.

39. *Infra*, par. 86, p. 249 et ss.

CHAPITRE II

L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION

Section I

DÉFINITION, NATURE JURIDIQUE ET EFFETS DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION

6. Définition. — L'expression *representation* s'étendant, en droit anglais, des déclarations (*statements*) aussi bien écrites qu'orales, des actes (*acts*) — actes de commission et omissions — et des attitudes ou du comportement (*conduct*) d'une personne d'où découle une certaine représentation des choses susceptible de déterminer une autre personne, qui s'y fie, à agir à son tour⁴⁰, l'*estoppel by representation* apparaît, dans les conditions et selon les modalités fixées par le droit⁴¹, comme l'interdiction faite à une personne de contredire ou de contester en justice ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire⁴². Au sens le plus large, la règle de l'*estoppel by representation* opère donc de façon à empêcher une Partie de revenir sur l'une de ses *representations* antérieures, mais le droit anglais s'est attaché à en délimiter strictement la portée et les effets et à en établir de façon précise les éléments constitutifs en vue de ne pas laisser au pouvoir discrétionnaire du juge ou de l'arbitre le soin de décider, dans chaque cas, s'il y a ou non irrecevabilité de la rétraction considérée. On peut en donner la définition suivante,

40. Cf. William Allen Jowitt, 1st earl, *The Dictionary of English Law* (Londres : Sweet & Maxwell, 1959), vol. 2, p. 1528. A distinguer de l'institution, également dénommée *representation* en droit anglais, en vertu de laquelle une personne prend la place d'une autre personne en vue d'un but déterminé. Voir aussi George Spencer Bower, *The Law of Actionable Misrepresentation* (2^e éd. ; Londres : Butterworth, 1927), p. 1, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 24, pp. 27-28. Aucun vocable français ne recouvrant l'ensemble des notions visées par l'expression *representation*, on la conservera non traduite dans le présent texte.

41. Conditions et modalités examinées *infra*, Section II, pp. 19-29, et Section V, pp. 39-41.

42. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 101.

inspirée des auteurs et de certains dicta de juges⁴³ : lorsqu'une personne, par ses déclarations, ses actes ou ses attitudes, c'est-à-dire par la représentation qu'elle a faite, a amené une autre personne à croire en l'existence d'un certain état de choses sur la foi duquel elle l'a incitée à agir de façon à modifier sa position à son préjudice, la première est empêchée par estoppel d'établir à l'encontre de la seconde un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant.

7. Nature juridique et effets. — Des différentes énonciations de la règle dans la jurisprudence anglaise, il ressort que l'*estoppel by representation* opère dans le droit des preuves (*law of evidence*) en tant que moyen de défense visant, par le biais d'une exception de procédure, à empêcher la preuve de certains faits : dans certaines circonstances, une *representation* est considérée revêtir un caractère de vérité irréfragable qui ferme de façon absolue à son auteur le

43. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, pp. 9-10, note g, Dargent, *op. cit.*, p. 103, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 338, p. 169, note t, considèrent que l'un des *leading cases* en matière d'*estoppel by representation* est l'affaire *Pickard v. Sears* (1837), 6 Ad. & El., p. 469, qui fut l'une des premières à énoncer cette règle de façon précise. Dargent, *loc. cit.*, en résume les faits comme suit : « Pickard était propriétaire d'un terrain qui se trouvait en possession d'un locataire Metcalfe : celui-ci, trompant la confiance de son bailleur, vendit le terrain en question à Sears, contre lequel Pickard intenta devant le tribunal du *King's Bench* une action en restitution de son bien. La Cour décida que Pickard était *estopped* de réclamer sa propriété, parce que son inaction, l'attitude sympathique qu'il avait conservée pendant le temps de la vente, faisaient supposer qu'il entendait effectivement s'en séparer ». Dans un *dictum* fort célèbre, Lord Denman, C.J., qui rendit le jugement, définit l'*estoppel by representation* en ces termes (affaire citée, p. 474) : « ...where one by his words or conduct wilfully causes another to believe the existence of a certain state of things, and induces him to act in that belief, so as to alter his own previous position, the former is concluded from averring against the latter a different state of things as existing at the same time ». Spencer Bower, *loc. cit.*, estime que le mot *wilfully* est superflu, voire incorrect s'il tend à impliquer une intention dolosive de la part de l'auteur de la *representation*, car — comme on l'indiquera *infra*, par. 9, al. b, p. 21 — l'inexactitude ou la fausseté de la *representation* ne joue aucun rôle du point de vue de l'*estoppel*, et l'affaire *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Exch., p. 654, le souligne clairement en indiquant (à la page 663, par Parke B.), se référant à la définition susmentionnée donnée dans l'affaire *Pickard v. Sears* : « By the term 'wilfully', however, in that rule, we must understand, if not that the party represents that to be true which he knows to be untrue, at least, that he means his representation to be acted upon, and that it is acted upon accordingly ; and if, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would take the representation to be true, and believe that it was meant that he should act upon, it, and did act upon it as true, the party making the representation will be equally precluded from contesting its truth ». Pour sa part, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 3, p. 4, le définit comme suit : « ...where one person ('the representor') has made a representation to another person ('the representee') in words or by acts and conduct, or (being under a duty to the representee to speak or act) by silence or inaction, with the intention (actual or presumptive), and with the result, of inducing the representee on the faith of such representation to alter his position to his detriment, the representor, in any litigation which may afterwards take place between him and the representee, is estopped, as against the representee, from making, or attempting to establish by evidence, any averment substantially at variance with his former representation, if the representee at the proper time, and in the proper manner, objects thereto. » Voir également la définition donnée par *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 338, p. 169.

droit à la preuve contraire, de même que, dans le système de droit civil, les présomptions *juris et de jure* ne tolèrent aucune preuve contraire⁴⁴. Il en résulte que, selon la doctrine classique, l'*estoppel by representation* ne peut être invoqué qu'au cours de la procédure judiciaire, une fois le litige porté devant le tribunal, et ne saurait former le fondement même d'une action⁴⁵. En d'autres termes, une Partie ne pourrait, sous prétexte que l'auteur d'une *representation* est *estopped* de la contester en justice, intenter une action contre lui en se basant sur l'*estoppel*. Pour reprendre la célèbre formule d'un juge⁴⁶, l'*estoppel* ne peut être utilisé que « comme un bouclier, et non comme une épée » (« *as a shield, and not as a sword* »).

Un vaste débat s'est à vrai dire ouvert en raison de certaines décisions judiciaires et, particulièrement ces dernières années, en relation avec la théorie du *promissory estoppel*⁴⁷, sur la question de savoir s'il ne conviendrait pas de reconnaître à l'*estoppel by representation* le rôle plus large d'un principe générateur ou translatif de droits et d'obligations, c'est-à-dire d'une règle de droit matériel. Des auteurs, se référant à la jurisprudence et, plus précisément, à certains *dicta* des juges, ont cru dénoter une tendance, très nette à leur avis, à libérer l'*estoppel* du cadre étroit du droit des preuves et à lui conférer le caractère d'un principe plus large et plus souple mieux adapté aux exigences de la vie juridique moderne, voire à le considérer comme susceptible de constituer le fondement d'une action

44. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 107, qui qualifie l'*estoppel by representation* de « fin de non-recevoir ».

45. On peut citer à ce sujet le célèbre *dictum* de Lord Justice Lindley, dans l'affaire *Low v. Bouverie* (1891), 3 Ch. 82, C.A., p. 101 : « ...estoppel is not a cause of action — it is a rule of procedure which precludes a person from denying the truth of some statement previously made by himself », et celui de Lord Justice Bowen, dans la même affaire (p. 106) : « ...we must be guarded in the way in which we understand the remedy where there is an estoppel. Estoppel is only a rule of evidence ; you cannot found an action up on estoppel. Estoppel is only important as being one step in the progress towards relief on the hypothesis that the defendant is estopped from denying the truth of something which he has said. » Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 16, pp. 11-12, souligne (notes omises) : « ...the doctrine of estoppel by representation forms part of the English Law of evidence, and ..., except as a bar to testimony, has no operation or efficacy whatsoever. Its sole office is either to place an obstacle in the way of a case which might otherwise succeed, or to remove an impediment out of the way of a case which might otherwise fail. It has no other function. Emphatically, it is not a cause of action in itself, nor does it create one, though the application of this, as of any other rule of evidence in the course of litigation, may result in a total or partial establishment, or disestablishment, of the case made by one or other of the parties. To use the language of naval warfare, estoppel must always be either a mine-layer or a mine-sweeper : it can never be a capital unit. » Voir également Dargent, *op. cit.*, p. 108, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, p. 168, note c, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 8, pp. 9-10.

46. Lors Justice Birkett dans l'affaire *Combe v. Combe*, (1951) 1 All E.R. 767, à la page 772. Cette formule a conduit un auteur (D. Jackson) à intituler l'une de ses études « Estoppel as a Sword », in *The Law Quarterly Review*, vol. 81 (1965), p. 84 et ss.

47. Un aperçu de ce débat et des indications bibliographiques sont donnés *infra*, Section III, par. 13-15, pp. 29-37, en particulier par. 14, pp. 34-36.

en justice ⁴⁸ ; pour certains d'entre eux ⁴⁹, une attitude moins rigide s'était déjà manifestée à l'égard de l'*estoppel* dans la deuxième moitié du XIX^e siècle ⁵⁰. D'autres auteurs, en revanche, contestent cette vue des choses et font observer qu'il y a lieu de ne pas confondre l'*estoppel by representation*, moyen de défense, et la *representation* qui lui donne naissance et qui peut, elle, devenir la cause d'une action dans certaines circonstances ⁵¹. D'après eux, en effet, l'étude des diverses décisions judiciaires évoquées à ce propos indique que ce n'est pas l'*estoppel* résultant d'une *representation* qui fonde l'action, mais la *representation* elle-même, dans la mesure où elle constitue en même temps une *misrepresentation* ⁵², cause, comme telle, d'une action en rescision ou en dommages-intérêts, ou parce qu'elle est la source d'un engagement contractuel, cause d'action contractuelle en exécution ⁵³. On a certes fait remarquer, d'une manière générale, que la question de savoir si l'administration des preuves ressort du droit procédural plutôt que du droit de fond reste controversée, pour la raison qu'il est souvent difficile de tracer les limites entre le droit

48. Cf. notamment W.W. Buckland et Arnold D. MacNair, *Roman Law and Common Law, A comparison in Outline* (Cambridge: University Press, 1936), p. 205, Alfred Neale Rupert Cross, *Evidence* (1^{re} éd.; Londres: Butterworth, 1958), pp. 164-165, qui — après avoir cité le dictum de Lord Wright dans l'affaire *Mercantile Bank of India, Ltd. v. Central Bank of India, Ltd.*, (1938) 1 All E.R. 52, aux pages 57-58 : « ...though estoppel has been described as a mere rule of evidence, it may have the effect of creating substantive rights as against the person estoppel » — observe : « if a rule of substantive law is one which defines rights, something may have the effect of creating them against a particular party without itself being such a rule. Accordingly, it would be convenient to consider estoppel as a rule of substantive law, as a rule of evidence and for the sake of completeness, as a rule of pleading whenever a party is estopped from denying a fact in issue, estoppel may be said to have the effect of a rule of substantive law », S.L. Phipson, *The Law of Evidence* (9^e éd.; Londres: Sweet & Maxwell), p. 217. Il convient de noter également que *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 334, p. 168, estime — reprenant les termes utilisés par Lord Wright dans l'affaire *Canada and Dominion Sugar Co., Ltd. v. Canadian National (West Indies) Steamships, Ltd.*, (1947), A.C. 46, à la page 56 — « Estoppel is often described as a rule of evidence, but the whole concept is more correctly viewed as a substantive rule of law » (notes omises).

49. Everest et Strode, *The Law of Estoppel* (3^e éd.; Stevens & Sons, 1923), p. 236, et les auteurs mentionnés par Dargent, *op. cit.*, p. 110.

50. On évoque parfois à ce propos le dictum de Lord Selborne dans l'affaire *Citizen's Bank of Louisiana v. First National Bank of New Orleans* (1873), L.R. 6 H.L. 350, à la page 360 : « The person making those representations shall, so far as the powers of a Court of Equity extend, be treated as if the representations were true, and shall be compelled to make them good ».

51. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 17, pp. 12-13, Dargent, *op. cit.*, pp. 108-109, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 9, pp. 10-11.

52. L'expression *misrepresentation* s'entend en droit anglais — selon R. Aglion, *Dictionnaire juridique anglais-français* (New York-Paris: Brentano's, 1946), p. 154, sous *Misrepresentation* — d'une « présentation erronée des faits (intentionnelle ou non intentionnelle), pouvant entraîner une erreur sur la substance du contrat ». Et voir les observations présentées à ce sujet par Spencer Bower, *loc. cit.*, Dargent *loc. cit.*, et Spencer Bower et Turner, *loc. cit.*

53. Cf. Spencer Bower, *loc. cit.*, Dargent, *op. cit.*, p. 111, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 11, pp. 13 *in fine*-15.

formel et le droit matériel⁵⁴, mais la doctrine anglo-américaine, à l'exception de certains auteurs, continue à situer clairement le droit des preuves (*law of evidence*) dans le droit procédural (*adjective law*)⁵⁵.

Section II

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION

8. Observations générales. — L'*estoppel by representation* n'aura d'effet que si certaines conditions essentielles sont réunies⁵⁶. La Partie qui l'invoque devra : A) établir l'existence d'une *representation* initiale claire et non ambiguë portant sur des faits présents ou passés et émise librement et sciemment par une personne juridiquement capable ; B) prouver qu'elle a été incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue et qu'elle a effectivement agi, ou s'est abstenue d'agir, sur la foi de cette *representation* ; C) démontrer qu'il en est résulté une modification préjudiciable de sa position ; D) établir que la seconde *representation*, qui la conduit à invoquer l'*estoppel*, est émise par l'auteur de la *representation* initiale, se rapporte aux mêmes faits que celle-ci et la contredit, l'infirmes ou la modifie sur un point essentiel.

54. J.-M. Grossen, *Les présomptions en droit international public* (Neuchâtel : Delachaux et Niestlé, 1954), p. 30 et ss., ayant analysé la doctrine de différents pays sur la place que les règles de preuve occupent dans le droit et constaté que les opinions varient beaucoup à ce sujet, parvient à la conclusion que certaines questions relatives au droit des preuves sont à tel point liées aux règles du droit de fond qu'elles ne se conçoivent pas détachées de lui, du point de vue technique. S'agissant de l'*estoppel*, Dargent, *op. cit.*, p. 241, observe : « ...la Doctrine de l'*Estoppel* offre ... l'aspect d'un curieux compromis entre un mode de preuve antique et sommaire parce qu'il joue comme une présomption absolue de vérité, et une règle de fond inspirée par les besoins actuels de notre vie moderne et par le souci d'équité témoin d'une civilisation avancée lorsqu'il vivifie l'apparence du droit en lui donnant une base juridique ». Voir également les remarques de Cross, *op. cit.*, pp. 164-165, présentées *supra*, p. 18, note 48.

55. Cf. Grossen, *op. cit.*, pp. 30-31. Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 6-7, pp. 8-9, souligne, après s'être référé à des auteurs et à des *dicta* de juges, que « While it may be conceded that estoppel may be correctly placed somewhere between the law of evidence and the various branches of substantive law, as Cross suggests ; it is nevertheless suggested but that its place is nearer the former than the latter ».

56. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 36, p. 36, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 423-435, pp. 224-232, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 20, pp. 25-26.

9. A) Existence d'une *representation* initiale claire et non ambiguë portant sur des faits présents ou passés (*existing facts*) et émise librement et sciemment par une personne juridiquement capable.

a) Forme de la *representation*⁵⁷. Aux fins de l'*estoppel*, la validité d'une *representation* n'est liée à aucune forme spéciale : il suffit que l'on puisse attribuer à un mode quelconque d'expression un sens certain et défini. Les *representations* par commission sont celles qui résultent de l'acte positif d'une personne, c'est-à-dire de son langage écrit ou parlé⁵⁸, et, de façon plus générale, de sa conduite ou de son comportement actifs⁵⁹. Les *representations* par abstention ou par omission sont celles qui découlent de l'attitude passive d'une personne, à savoir de son silence, de son inaction ou de sa négligence⁶⁰ ; ces *representations* ne peuvent cependant donner lieu à l'*estoppel* que s'il existait pour leur auteur, en vertu de la loi (*statute*

57. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, Chapter III, par. 60-114, pp. 50-99, Dargent, *op. cit.*, pp. 124-137, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 436-454, pp. 232-246, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, Chapter III, par. 48-80, pp. 42-75.

58. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 61-68, pp. 50-57, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 49-50, pp. 42-43, parlent ici de *representations in language* ; *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 436, pp. 232-233, dénomme *estoppel by statement* l'*estoppel* qui résulte de telles *representations*. Il convient de noter, avec ces auteurs, que la forme du document dans lequel s'exprime le langage écrit est indifférente du point de vue de la validité de la *representation* : ce document peut être solennel (*deed, bond*) ou non solennel (papier commercial, lettre, note, mémorandum, etc.) car — comme on l'a vu *supra*, par. 3, al b, p. 13 et p. 13, note 33 — ce n'est plus à la solennité du *deed* que s'attache l'effet de l'*estoppel*, mais à la *representation* qui y est exprimée ou qui s'y trouve impliquée ; ce sont les *recitals* des *deeds* — c'est-à-dire les déclarations préliminaires relatives aux actes ou aux faits qui servent de fondement ou de raison d'être au *deed* (cf. Earl Jowitt, *op. cit.*, vol. 2, p. 1484, sous *recitals*) — qui emportent l'effet de l'*estoppel*, et non, en principe, les *covenants*, à savoir la partie opérative du *deed*, dans laquelle s'expriment les engagements pris par les signataires.

59. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 69-73, pp. 57-60, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 51, pp. 43-44, parlent ici de *representations by acts and conduct* ; *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 440, p. 235, dénomme *estoppel by conduct* l'*estoppel* qui résulte de telles *representations*. On peut observer — avec Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 69, pp. 57-58, Dargent, *op. cit.*, p. 126, Spencer Bower et Turner, *loc. cit.* — que cette catégorie de *representations*, presque inconnue dans la jurisprudence anglaise avant le XIX^e siècle, a pris depuis lors une extension et une importance considérables du fait de la complexité de la vie moderne et du développement du commerce, qui ont conduit à la multiplication des déclarations et instruments sans forme.

60. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 74-96, pp. 60-83, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 55, pp. 45-46, parlent ici de *representations by silence or inaction* ; *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 449-450, pp. 241-243, nomme également *estoppel by conduct* l'*estoppel* qui résulte de telles *representations*. Il y a lieu de signaler que de nombreuses autorités — notamment *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 451-454, pp. 243-246 — distinguent dans ce contexte une catégorie spéciale de l'*estoppel*, soumise à leur avis à des conditions d'application différentes de celles de l'*estoppel by representation*, qu'ils dénomment *estoppel by negligence* ; mais des auteurs — tels que Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 97-104, pp. 84-89, Dargent, *op. cit.*, pp. 136-137, G.A. Mulligan, « Misrepresentation, Warranty, Estoppel », *The South African Law Journal*, vol. 77 (1960), p. 347, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 55, p. 47, et par. 74-77, pp. 69-71 — n'admettent pas cette manière de voir, estimant que ce n'est

law) ou de la *common law*, un devoir de parler ou de faire⁶¹, de sorte qu'une telle situation d'*estoppel* ne se présente généralement que lorsqu'une personne a cru de bonne foi à l'existence d'un état de choses inexact, commettant ainsi une erreur involontaire, et qu'une autre personne, qui avait le devoir légal de la détromper par ses déclarations, ses actes ou sa conduite, a laissé subsister ledit état de choses en se taisant ou en s'abstenant d'agir⁶².

b) La *representation* doit avoir été claire et non ambiguë⁶³. Une *representation* complexe ou ambiguë ne saurait être prise en considération aux fins de l'*estoppel*, à moins que le juge, tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, ne lui attribue le sens précis et certain qu'exige le droit pour qu'un tel effet se produise⁶⁴. La réticence marquée sur ce point par le droit anglais à l'endroit des déclarations d'opinion ou des affirmations manifestement exagérées (comme certaines annonces publicitaires)⁶⁵, ainsi que des *representations* faites de *futuro*⁶⁶, provient notamment de ce que de telles *representations* ne présentent pas un caractère de précision et de certitude suffisant. Il faut souligner, en revanche, que l'inexactitude ou la fausseté de la *representation* initiale est à cet égard sans importance, pourvu que son auteur l'ait faite avec clarté et sans ambiguïté⁶⁷, car l'*estoppel* vise en quelque sorte à sanctionner l'apparence créée par la *representation*, quand bien même cette dernière ne serait pas conforme à la vérité.

c) La *representation* doit avoir porté sur des faits présents ou

pas la négligence en tant que telle mais la *representation* entachée de négligence qui engendre l'*estoppel*, et considérant que tout *estoppel* né d'une *representation* par omission implique nécessairement la négligence de la Partie qui se tait ou s'abstient d'agir. Ce problème est encore examiné *infra*, p. 24, note 79.

61. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 449, p. 241 : « Mere silence or inaction is not, in the absence of a duty to speak, such conduct as amounts to a representation ».

62. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 75, p. 61, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 55, pp. 46-47, signalent que si les termes *lying by*, *standing by*, *acquiescence*, *waiver*, *laches*, *encouragement*, sont souvent utilisés de préférence au terme *estoppel* dans des cas de ce type, ce sont en fait les règles de l'*estoppel by representation* qui leur sont applicables lorsqu'il y a situation d'*estoppel*. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 449, pp. 241-242, mentionne plusieurs affaires à ce sujet.

63. 2 *Coke on Littleton*, 352 b, *litt. f*, avait exprimé comme suit cette maxime, valable pour toutes les catégories de l'*estoppel* : « ...every estoppel, because it concludeth a man to alleadge the truth, must be certain to every intent ». Voir *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 426, pp. 225-226.

64. Cf. Dargent, *op. cit.*, pp. 138-144, Chitty, *op. cit.*, vol. 2, par. 1444, p. 1443.

65. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 50-59, pp. 44-49, Dargent, *op. cit.*, p. 120, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 35-44, pp. 34-40.

66. Plus de précisions sont données à ce sujet *infra*, Section III, par. 13-15, pp. 29-37.

67. Ainsi qu'indiqué *supra*, p. 18, l'auteur d'une *misrepresentation* peut se voir empêché par *estoppel* de venir en alléguer l'inexactitude ou la fausseté pour échapper à ses conséquences.

passés (*existing facts*)⁶⁸. Aux fins de l'*estoppel*, une *representation* ne saurait avoir consisté en une simple déclaration d'intention ou avoir visé des événements futurs, donc incertains⁶⁹. Il semble néanmoins que le droit anglais ait beaucoup tempéré la rigueur de ce principe⁷⁰ et — comme on l'indiquera ci-dessous⁷¹ — mette au point la place qu'il convient d'accorder à la théorie du *promissory estoppel*, largement invoquée dans des affaires récentes et reconnue par le droit américain. Il faut relever par ailleurs, avec des auteurs⁷², qu'une *representation* portant sur des faits peut impliquer dans certains cas, notamment dans le domaine commercial, l'énonciation de règles juridiques susceptible, elle aussi, parce qu'intimement liée aux faits, d'entraîner l'effet de l'*estoppel*.

d) La *representation* doit avoir été émise librement et sciemment par une personne juridiquement capable.

1° L'auteur de la *representation*.

La Partie qui invoque l'*estoppel by representation* doit apporter la preuve que la Partie qu'elle prétend *estopped* est bien, en droit,

68. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 42-59, pp. 39-49, Dargent, *op. cit.*, pp. 115-124, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 424, pp. 224-225, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 26-43, pp. 29-40. L'affaire *Jorden v. Money* (1854), H.L. Cas. 185, où il fut affirmé très clairement qu'une déclaration d'intention relative à l'avenir ne saurait donner lieu à l'*estoppel*, est souvent mentionnée comme le *leading case* en la matière. On peut également citer l'affaire *Maddison v. Alderson* (1883), 8 App. Cas. 467, qui souligna (p. 473) : « ...the doctrine of estoppel by representation is applicable only to representations as to some state of facts alleged to be at the time actually in existence, and not to promises de futuro which, if binding at all, must be binding as contracts ».

69. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 43, p. 39, *Halsbury's Laws of England*, *loc. cit.*

70. Dargent, *op. cit.*, p. 117, indique à ce propos : « ...il est des déclarations d'intention qui, bien qu'apparemment faites de futuro, portent en elles un élément d'actualité, en ce sens qu'elles indiquent une intention née et actuelle et susceptible de se muer dès à présent en acte : c'est ainsi que le locataire prenant à bail des lieux en mauvais état qui 'déclare s'estimer satisfait si les réparations nécessaires sont faites dans les trois mois', est considéré faire une *Representation* de son intention de ne pas protester envers son bailleur dès le moment où il émet cette déclaration, et pour une durée de trois mois : il est donc *estopped* d'introduire, dès aujourd'hui et pendant trois mois, une action en garantie contre son bailleur pour le trouble de jouissance dont il souffre (*Action of Ejectment*) ».

71. *Infra*, Section III, par. 13-15, pp. 29-37.

72. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 55-58, par. 46-49, Dargent *op. cit.*, pp. 121-122, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 425, p. 225, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 40-43, pp. 36-40. A.-G. Guest, « The New Estoppel: An English Development », *The Australian Law Journal*, vol. 30 (1956), p. 187, se réfère à ce sujet aux exemples mentionnés dans l'affaire *Territorial and Auxiliary Forces Association of London v. Nichols*, (1949) 1 K.B. 35, à la page 43 : « That a person is a married woman, that goods are uncustomed, that a building is a public house and that a man is a voter ». Il n'en reste pas moins que, dans la plupart des cas, la distinction entre *representations of fact* et *representations of law* garde toute son importance, ces dernières ne pouvant donner lieu à l'*estoppel* ; l'affaire *Kai Nam v. Ma Kam Chan*, (1956), A.C. 358 (par Lord Cohen, à la page 367) en offre un exemple : « It is sufficient to observe that if the documents relied on can be regarded as containing representations, such representations are representations of law, not of fact, and cannot found an estoppel ».

l'auteur de la *representation* ou, en cas de décès ou d'incapacité juridique de celui-ci, qu'elle en est l'ayant cause, le successeur ou le représentant légal⁷³.

Toute personne juridiquement capable — personne physique ou morale, individuelle ou collective, privée ou publique — peut devenir l'auteur d'une *representation* et se voir opposer, le cas échéant, l'*estoppel* qui en résulte⁷⁴. Si une personne émet une *representation* par l'intermédiaire d'un représentant (mandataire, associé, agent, commis, domestique, etc.) agissant dans l'exercice de ses fonctions et dans les limites des pouvoirs qu'elle lui aura expressément ou implicitement délégués, c'est elle qui, en tant que représenté (mandant, patron, etc.), sera le véritable obligé et se verra opposer l'*estoppel* découlant de cette *representation*⁷⁵. En cas de décès ou d'incapacité juridique totale ou partielle de l'auteur de la *representation* au moment où l'*estoppel* est soulevé au cours de la procédure judiciaire, les mêmes règles s'appliquent en matière d'*estoppel* qu'en matière contractuelle⁷⁶. La capacité des mineurs (*infants*) et des faibles d'esprit (*lunatics* ou *persons of unsound mind*) de s'obliger par leurs *representations* est calquée sur leur capacité contractuelle⁷⁷.

2° *Representation* émise librement et sciemment.

La Partie qui recourt à l'*estoppel by representation* doit démontrer que l'auteur de la *representation* l'a librement communiquée, en

73. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 177, p. 152, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 122, p. 114.

74. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 178-181, pp. 152-153, Dargent, *op. cit.*, pp. 169-170, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 123, p. 115. Ces auteurs observent que, bien que la question fasse encore l'objet de controverses théoriques, la jurisprudence anglaise admet que la Couronne, considérée en tant que personne morale individuelle (*Corporation sole*), est liée par des *representations* qu'elle a émises soit sous le sceau royal, soit sous la forme de simples déclarations écrites ou orales, soit par attitude active ou par abstention.

75. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 182-188, pp. 153-158, Dargent, *op. cit.*, pp. 170-172, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 434, pp. 231-232, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 124-126, pp. 115-118.

76. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 191-196, pp. 160-164, Dargent, *op. cit.*, pp. 170-172, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 127, pp. 118-120. Ces auteurs signalent que si une personne décède, l'*estoppel* résultant des *representations* qu'elle a faites de son vivant lie, suivant le cas, l'héritier, le légataire, l'exécuteur testamentaire, ou l'administrateur de la succession, auquel échoit le bien ou le droit au sujet duquel la *representation* a été faite. De même, la société qui succède à une société qui s'est éteinte est liée par les *representations* de cette dernière. Si un insolvable est mis en faillite, le syndic de la faillite (*trustee in bankruptcy*), ou le liquidateur, se verra opposer, le cas échéant, l'*estoppel* né des *representations* émises par le failli au temps de sa solvabilité.

77. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 194-196, pp. 162-164, Dargent, *op. cit.*, pp. 170-172, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 127, p. 120, et par. 144, p. 138. Ces ouvrages signalent qu'un mineur peut faire des *representations* valables par l'intermédiaire de son tuteur (*guardian, next friend, etc.*) qui sera tenu d'en répondre jusqu'à la majorité du pupille. Un faible d'esprit n'est lié par ses *representations* que dans la mesure où le destinataire de celles-ci ignorait l'état de folie de leur auteur au moment où elles étaient faites.

toute connaissance de ses conséquences, car — comme on l'indiquera ci-dessous ⁷⁸ — s'il s'avère que sa volonté était viciée, la *representation* ne pourrait engendrer l'effet de l'*estoppel*. Aucun *estoppel* ne saurait naître non plus d'une *representation* que son auteur n'a pas faite sciemment, c'est-à-dire en sachant qu'elle pouvait inciter une autre personne à agir ⁷⁹.

10. B) Le destinataire de la *representation* initiale doit avoir été incité à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'il allègue et a effectivement agi, ou s'est abstenu d'agir, sur la foi de cette *representation*.

a) Le destinataire de la *representation*. Toute personne juridiquement capable — personne physique ou morale, individuelle ou collective, privée ou publique — peut devenir le destinataire d'une *representation* et avoir qualité pour se prévaloir, le cas échéant, de l'*estoppel* qui en résulte ⁸⁰. Si une personne n'a reçu une *representation* qu'indirectement par l'intermédiaire de son représentant (mandataire, associé, commis, tuteur, etc.) agissant dans l'exercice de ses fonctions et dans les limites des pouvoirs qu'elle lui aura expressément ou implicitement délégués, c'est elle qui, en tant que représenté (mandant, patron, pupille, etc.), sera le véritable bénéficiaire de l'*estoppel* découlant de cette *representation* ⁸¹. Si l'auteur de la *representation* n'a pas entendu la communiquer à un individu déterminé, mais à un groupe de personnes ou au public en général, toute personne appartenant auxdits groupe ou collectivité pourra alléguer l'éventuel *estoppel* que cette *representation* aura créé ⁸². En cas de décès du destinataire de la *representation*, ses ayants

⁷⁸ *Infra*, Section VI, par. 21, al. a, p. 43.

⁷⁹ Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 144, pp. 127-129, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 99, pp. 89-90. La question se pose néanmoins de savoir si, s'agissant des *representations* par abstention ou par omission, la négligence prise en considération aux fins de l'*estoppel by representation* (cf. *supra*, par. 9, al. a, pp. 20-21) doit être nécessairement intentionnelle (*wilful negligence*); les différents auteurs mentionnés *supra*, note 60, ne semblent pas prendre à ce sujet des positions bien définies.

⁸⁰ Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 169-170, pp. 145-146, Dargent, *op. cit.*, p. 165, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 119, pp. 110-111. Ces auteurs observent que la Couronne, l'Etat, un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions, peuvent aussi bien bénéficier de l'*estoppel*.

⁸¹ Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 171-172, pp. 147-148, Dargent, *op. cit.*, p. 166, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 119, p. 111.

⁸² Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 173, pp. 147-149, Dargent, *op. cit.*, p. 166, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 120, pp. 111-113. Ces auteurs soulignent que le caractère public de la *representation* doit être nettement établi et que l'effet de celle-ci ne peut être étendu au-delà du groupe ou de la collectivité auquel elle était normalement destinée.

cause ont qualité pour invoquer l'*estoppel* dont il aurait bénéficié⁸³. Si le destinataire de la *representation* est incapable d'ester en justice, il appartiendra à son représentant légal de faire valoir l'*estoppel* né à son profit⁸⁴.

b) La *representation* doit avoir incité son destinataire à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'il allègue. Suivant un auteur⁸⁵, il convient d'établir ici une distinction entre l'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, proprement dite (*inducement*) et le fait que la *representation* était de nature à conduire nécessairement et raisonnablement son destinataire à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'il allègue, c'est-à-dire qu'elle offrait le caractère de *materiality* requis. La Partie qui invoque l'*estoppel* doit apporter séparément la preuve de ces deux éléments⁸⁶.

1° *Inducement*.

Le destinataire de la *representation* doit démontrer, de façon générale, que celle-ci lui était effectivement adressée et qu'elle a été la cause déterminante de sa décision d'agir⁸⁷. Tel ne sera pas le cas, par exemple, si la *representation* revêtait un degré d'incertitude tel que l'on ne peut manifestement pas la considérer comme ayant déterminé quelqu'un à agir⁸⁸, ou si son destinataire a omis de prendre connaissance de toutes les conditions et précisions contenues dans le document sur lequel il prétend s'être fondé pour agir⁸⁹, ou encore s'il a été amené à modifier sa position sur la foi d'autres considérations.

83. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 176, pp. 151-152, Dargent, *op. cit.*, pp. 168-169, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 121, pp. 113-114. Ces auteurs indiquent que, selon les biens ou les droits auxquels se rapportait la *representation*, ce sera l'exécuteur testamentaire, l'administrateur de la succession, l'héritier ou le légataire légal qui pourra invoquer l'*estoppel*.

84. Cf. Spencer Bower, *loc. cit.*, Dargent, *op. cit.*, p. 169, Spencer Bower et Turner, *loc. cit.* Ces auteurs observent que le tel sera le cas pour les mineurs, les faibles d'esprit et les insolvable.

85. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 140-156, pp. 125-136. Voir également Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 98-107, pp. 88-96.

86. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 141, p. 125, Dargent, *op. cit.*, p. 158.

87. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 142, p. 125, Dargent, *op. cit.*, p. 154, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 98, p. 88.

88. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, p. 126, note v, mentionne à ce sujet l'affaire *Brook v. Hook* (1871), L.R. 6 Exch. 89, où la *representation* visée consistait en une double déclaration contradictoire.

89. Dargent, *op. cit.*, pp. 154-155, se réfère ici à l'affaire *Handler v. Mutual Reserve Fund Life Association* (1904), 90 L.T. 192, C.A., (par Collins M.R., aux pages 193-194), dont il donne le résumé suivant : « Handler avait contracté une assurance sur la vie auprès de la 'Mutual Reserve Fund Life Association' ; désirant prolonger sa police qui était périmée, il avait versé une prime supplémentaire dont la Compagnie lui avait donné un reçu portant que la prolongation de la police n'était acquise que 'si l'intéressé se trouvait en bonne santé au moment du paiement de la prime'. Cette condition n'était pas remplie et la police d'assurance était donc périmée, mais Handler prétendait la Compagnie *estopped* de dénier qu'elle avait accepté la prolongation de sa police, en raison

2° Materiality de la representation.

La Partie qui recourt à l'estoppel doit établir que la representation était telle qu'un homme raisonnable pouvait la considérer comme vraie et croire que son auteur voulait qu'il agît de la façon dont il a agi en se fondant sur elle⁹⁰.

c) Le destinataire de la representation doit avoir agi, ou s'être abstenu d'agir, sur la foi de celle-ci. Une Partie ne saurait prétendre avoir agi sur la foi d'une representation si elle savait que celle-ci était fausse ou irrégulière. Elle doit avoir agi de bonne foi, en croyant à l'exactitude de la representation qui lui était faite⁹¹. Si tel n'était pas le cas, l'estoppel qu'elle allègue pourrait — comme on l'indiquera ci-dessous⁹² — se voir opposer une fin de non-recevoir. Il faut souligner, en revanche, que la bonne ou mauvaise foi de l'auteur de la representation est sans importance du point de vue de l'estoppel, car — comme on l'a vu ci-dessus⁹³ — l'inexactitude ou la fausseté de la representation initiale ne joue aucun rôle, si tant est que cette representation a été émise de façon claire et non ambiguë.

de la Representation résultant de la remise du reçu de la prime, Representation en vertu de laquelle lui, Handler, s'était abstenu de contracter une nouvelle assurance sur la vie, ceci constituant un préjudice à ses dépens (altération de position). La Cour d'Appel jugea que Handler n'avait pu être incité à altérer sa position de la façon qu'il alléguait en considération de la remise d'un reçu dont il n'avait pas lu les dispositions essentielles.»

90. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 150, p. 132, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 431, p. 230, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 102, pp. 91-92. L'affaire *Lowe v. Lombank, Ltd.*, (1960) 1 All E.R. 611, C.A., met clairement en évidence (p. 612 et p. 617) cette nécessaire materiality de la representation. On peut en donner le résumé suivant : une personne (le demandeur), qui avait conclu un contrat de location-vente (*hire-purchase agreement*) avec une société (le défendeur) en vue de l'achat d'une voiture, avait signé par la suite, lors de la remise du véhicule, un reçu de livraison aux termes duquel elle déclarait avoir examiné la voiture (alors que celle-ci ne lui avait été présentée jusqu'ici qu'une seule fois, rapidement, sans qu'elle ait pu la contrôler ou la faire contrôler) et reconnaissait l'avoir trouvée en bon état, à sa satisfaction (alors que le véhicule était en fait inutilisable, en raison de vices rédhibitoires); le tribunal rejeta l'estoppel invoqué par le défendeur, jugeant notamment (p. 612): « a reasonable man in the position of the defendants would not have believed that the plaintiff meant him to act on any representation contained in the delivery receipt by taking steps to enter into a hire-purchase agreement », et un juge fit valoir dans son opinion : « It is sufficient for the purposes of the present case to say that, having regard to the terms of the delivery receipt with its reference to a hire-purchase agreement already made by the defendants, and to the fact, known to the defendants, that it was obtained on delivery of the goods, a reasonable man in the position of the defendants would not believe that the representation as to the condition of the goods contained in the delivery receipt was meant to be acted on by him by entering into the very agreement referred to as having been already concluded, or by taking steps to acquire from the dealer a right to possession of or title to the goods of which possession had already been delivered up to the plaintiff ».

91. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 138, p. 121, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 96, p. 86: « It must be shown that the representee believed the representation to be true, for unless he did, he cannot have acted 'on the faith of it' ».

92. *Infra*, Section VI, par. 19, p. 42.

93. *Supra*, par. 9, al. b, p. 21.

11. C) Le destinataire de la *representation* doit avoir modifié sa position à son préjudice. Lien de causalité à établir. Effet relatif de l'*estoppel by representation*⁹⁴. — La partie qui recourt à l'*estoppel by representation* doit démontrer qu'ayant été incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, par une *representation* qui lui était adressée, elle a modifié sa position à son préjudice⁹⁵. A cet effet, elle aura à établir le lien de causalité entre la *representation*, l'incitation à agir, la modification de position et le préjudice subi⁹⁶.

a) Modification de position et préjudice subi. La modification de position doit consister en un changement dans l'état des affaires du destinataire de la *representation*. Celui-ci doit apporter la preuve qu'en agissant sur la foi de cette *representation*, il a affecté d'une façon ou d'une autre ses intérêts, soit qu'il ait, d'une manière générale, engagé certaines dépenses ou effectué certains travaux, soit qu'il se soit abstenu de tirer avantage d'une situation qui lui eût été profitable, soit qu'il ait été conduit à ne pas prendre de mesures propres à assurer la protection de ses intérêts ou à rétablir sa position⁹⁷. Les tribunaux anglais ont interprété de façon extensive cette notion de préjudice, en mettant l'accent sur un détriment matériel, au sens le plus large, dont on puisse fixer de façon précise la valeur⁹⁸. Un dommage d'ordre purement moral, ou un préjudice porté à des intérêts intellectuels ou affectifs, ne saurait constituer une altération de position aux fins de l'*estoppel by representation*⁹⁹. Il est à noter que, dans la plupart des cas, la modification de position ne donne pas lieu à un préjudice actuel, mais éventuel, savoir : ce n'est que si l'auteur de la *representation* revenait sur celle-ci qu'un préjudice apparaîtrait au détriment de celui qui a agi sur la foi de cette *representation*, et l'*estoppel* intervient précisément pour empêcher qu'une telle situation se présente¹⁰⁰.

94. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 157-163, pp. 136-143, Dargent, *op. cit.*, pp. 159-164, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 432-433, pp. 230-231, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 108-117, pp. 96-108.

95. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 432, p. 230 : « It is further necessary to estoppel by representation that in acting upon it the party to whom it was made should have altered his position to his prejudice ».

96. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 158-160, pp. 136-138, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 109, pp. 97-98.

97. Cf. *Halsbury's Laws of England*, *loc. cit.*

98. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 161-163, pp. 138-143, Dargent, *op. cit.*, pp. 160-164, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 110-115, pp. 98-108, examen de façon détaillée, sur la base de nombreux exemples jurisprudentiels, ce qu'il faut entendre par « modification de position » et « préjudice subi » aux fins de l'*estoppel by representation*.

99. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 161, p. 138.

100. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 164, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 114, pp. 105-106, qui souligne « It is only when the representor wishes to disavow the assumption contained in his representation that an estoppel arises, and the question of detriment is considered, accordingly, in the light of the position which the representee would be if the representor were allowed to disavow the truth of the representation », et cite in extenso à ce propos le *dictum* de Lord Denning dans l'affaire *Central Newbury Car*

b) Lien de causalité entre la *representation*, l'incitation à agir, la modification de position et le préjudice subi. La Partie qui recourt à l'*estoppel* doit établir le rapport de cause à effet existant, respectivement, entre la *representation*, l'incitation à agir, la modification de position et le préjudice subi¹⁰¹. L'*estoppel* qu'elle invoque ne saurait être pris en considération si la *representation* n'a pas encore pu produire tous ces effets¹⁰². Une *representation* faite à une personne après que celle-ci a altéré sa position ne peut bien entendu donner lieu à l'*estoppel*, même si, émise antérieurement, elle eût pu mener au même résultat¹⁰³.

c) Principe de l'effet relatif de l'*estoppel by representation*. Une personne ne peut bénéficier de l'*estoppel* résultant d'une *representation* qui ne lui était pas adressée et sur la foi de laquelle elle n'a pas agi, de même qu'elle ne peut être tenue par un *estoppel* né d'une *representation* dont elle n'était pas l'auteur¹⁰⁴. L'*estoppel by representation* est dépourvu de tout effet à l'égard des tiers et ne lie que l'auteur et le destinataire de la *representation*.

12. D) La seconde *representation* émise, par l'auteur de la *representation* initiale, se rapporte aux mêmes faits que celle-ci et la contredit, l'infirmes ou la modifie sur un point essentiel¹⁰⁵.

a) La seconde *representation*. Un recours à l'*estoppel by representation* n'est concevable que si l'auteur de la *representation* initiale

Auctions, Ltd. v. Unity Finance, Ltd., (1956) 3 All. E.R. 905, dont on peut mentionner en particulier le passage suivant : « So long as the assumption is adhered to, the party who altered his situation upon the faith of it cannot complain. His complaint is that when afterwards the other party makes a different state of affairs the basis of an assertion of right against him then, if it is allowed, his own original change of position will operate as a detriment. »

101. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 158-160, pp. 136-138, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 109, pp. 97-98.

102. Cf. Dargent, *op. cit.*, pp. 180-181.

103. Cf. *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, par. 432, p. 231.

104. 2 *Coke on Littleton*, 352 a, avait exprimé ce principe — qu'il dénommait *mutuality of estoppels* — comme suit : « ...every estoppel ought to be reciprocal, that is to bind both parties; and this is the reason, that regularly a stranger shall neither take advantage, nor be bound by the estoppel ». Voir également Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 197, pp. 164-165, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 343, p. 174, qui observe (notes omises) : « A maxim which is stated by the old writers as applicable to all estoppels generally is that they 'ought to be mutual' or 'reciprocal', which means that they must bind both parties and that a stranger can neither take advantage of nor be bound by them. ... In the case of estoppel by representation, arising as it does out of a unilateral act, while it is true that a stranger to the representation cannot take advantage of it, the maxim has no further application, until, at least, the party relying on the representation has elected to treat it as true, after which it would seem, upon the principle expressed by it, that he would be conclusively bound by his election » et par. 431, p. 229, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by representation*, par. 128, pp. 120-122.

105. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 115-136, pp. 100-120, Dargent, *op. cit.*, pp. 180-181, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 81-84, pp. 76-85, qui souligne par. 81, p. 76 : « It is of the essence of estoppel that there should be two conflicting versions of one set of facts, one of which, previously put forward by the representer, is the representation founding the estoppel; the other, later in time, is the version which he is to be precluded by the estoppel from putting forward. »

revient ultérieurement sur celle-ci par une nouvelle *representation*. Cette seconde *representation* peut, tout comme la première¹⁰⁶, prendre une forme quelconque (déclaration écrite ou orale, conduite active, abstention), pourvu que l'on puisse attribuer au mode d'expression employé un sens certain et défini¹⁰⁷. Emise par une autre personne que l'auteur de la *representation* initiale¹⁰⁸, elle ne saurait être retenue aux fins de l'*estoppel*.

b) *Representation* se rapportant aux mêmes faits que la *representation* initiale. La seconde *representation* doit porter exactement sur les mêmes faits que la première, tels qu'ils existaient au moment où celle-ci fut émise¹⁰⁹.

c) *Representation* contredisant, infirmant ou modifiant la *representation* initiale sur un point essentiel. Il n'est pas nécessaire — comme semblerait l'indiquer la célèbre maxime romaine *Allegans contraria non audiendus est*, souvent citée à propos de l'*estoppel by representation*¹¹⁰ — que la seconde *representation* soit « contraire » à la première. Il suffit en effet qu'elle la contredise, l'infirmes ou la modifie sur un point que l'on peut raisonnablement considérer comme essentiel¹¹¹, et des principes d'interprétation ont été mis au point à cette fin¹¹².

Section III

LE PROMISSORY ESTOPPEL¹¹³

13. Position théorique du problème.

a) L'*estoppel by representation* et les *representations* émises de *futuro*. D'après la doctrine classique¹¹⁴, seule une *representation*

106. Cf. *supra*, par. 9, al. a, pp. 20-21.

107. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 181.

108. Cf. *supra*, par. 9, al. d, 1^o, pp. 21-22.

109. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 181, Spencer Bower, *Estoppel by Representation* par. 117, p. 101.

110. Notamment par 2 *Coke on Littleton*, 352 a.

111. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 116, p. 100: « The inconsistency may be total or partial, and, in the latter case, the question which thereupon falls to be determined is whether the part in respect of which the conflict arises is, or is not, such as could reasonably have been regarded by a normal representee as material in all the circumstances of the case. »

112. Ces principes d'interprétation sont examinés de façon approfondie par Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 118-136, pp. 102-120, et par Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 82-94, pp. 77-85.

113. Cf. en particulier *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 8, pp. 74-75, p. 113, p. 154, note m, p. 198, et vol. 15, par. 344, pp. 175-176, Chitty, *op. cit.*, I, par. 135-139, p. 68 et ss., Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, Chapter XIV, par. 314-325 et Appendix « Development of the Law of Promissory Estoppel in the United States », pp. 332-358.

114. Cf. *supra*, Section II, par. 9, al. b et c, pp. 21-22.

ayant porté de façon claire et non ambiguë sur des faits présents ou passés (*existing facts*) peut donner lieu à l'*estoppel*, et une déclaration d'intention — telle une promesse de faire quelque chose — ne saurait entraîner un tel effet, car elle vise des événements futurs, donc incertains. Mais le droit anglais semble avoir tempéré la rigueur de ce principe en accordant une place à la théorie du *promissory estoppel*, déjà solidement installée dans le droit américain¹¹⁵, en vertu de laquelle une personne ne peut revenir sur une promesse qu'elle a faite ou des assurances qu'elle a données à une autre personne, si cette dernière a modifié sa position en agissant sur la foi de cette promesse ou de ces assurances.

b) La promesse dans le droit anglais des contrats et la doctrine de la *consideration*. Pour bien comprendre la notion de *promissory estoppel*, il est nécessaire de se pencher sur le droit anglais des contrats et d'examiner, en particulier, le rôle joué par la *consideration*¹¹⁶ — terme par lequel ce droit désigne la « cause », la « contre-prestation » — dans la formation du contrat.

Le droit anglais distingue les contrats conclus sous forme de *deed* ou *specialty* (documents signés par les Parties, revêtus de leurs sceaux, et dont un exemplaire doit être remis à chacun des contractants¹¹⁷) des *simple contracts* ou *contracts by parol* (actes non scellés, qui peuvent même consister en un accord verbal¹¹⁸). Alors que les contrats scellés obligent de par leur forme même et sont valides sans qu'aucune *consideration* ne soit requise, l'exigence d'une *consideration* s'impose pour tous les actes non passés sous le sceau¹¹⁹. Le droit anglais, construisant tout contrat non scellé (*simple contract*) sur la notion de promesse¹²⁰, parle de l'échange d'une promesse contre une *consideration* qui en est le prix : dans

115. Cf. *infra*, al. c, 2^o, pp. 32-33.

116. Une définition célèbre de la *consideration* — approuvée par la suite dans l'affaire *Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. Selfridge and Co., Ltd.*, (1915) A.C. 847, à la page 855 — fut donné par sir Frederick Pollock, *Principles of Contract* (13^e éd. ; par sir Percy H. Winfield ; Londres : Stevens & Sons, 1950), p. 133 : « An act or forbearance of one party, or the promise thereof, is the price for which the promise of the other is bought, and the promise thus given for value is enforceable. » On peut traduire ce terme par « cause », « récompense », « contre-prestation », « contre-valeur », « contre-partie », mais aucun de ces vocables ne rend parfaitement l'idée de la notion anglaise et il paraît préférable de conserver le mot *consideration* non traduit. Pour une étude détaillée sur la *Consideration*, voir notamment Chitty, *op. cit.*, I, par 101-141, pp. 49-73, *Halsbury's Laws of England*, vol. 8, par. 197-211, pp. 113-121. Il y a lieu d'indiquer que le problème de la *consideration* ne se pose que pour les promesses, et non pour l'échange immédiat des prestations.

117. Cf. Aglion, *op. cit.*, p. 72, sous *Contract*. Voir également les indications données au sujet du *deed supra* p. 11, p. 13, et p. 13, note 33.

118. Cf. Aglion, *loc. cit.*

119. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 8, par. 93-94, pp. 56-57.

120. Cf. Chitty, *op. cit.*, I, par. 1, p. 1 : « A contract is a promise or set of promises which the law will enforce. The reason why the law enforces promises is that if it did not, the legitimate expectations of the parties would be defeated. »

le contrat de vente, par exemple, le vendeur promet à l'acheteur de lui transférer la possession et la propriété du bien et, en contrepartie, l'acheteur livre le prix ; à supposer que l'acheteur s'engage à verser le prix dans un certain délai, chacune des deux promesses est la *consideration* de l'autre¹²¹. Il en résulte qu'une promesse non revêtue du sceau et en échange de laquelle aucune *consideration* n'a été fournie — c'est-à-dire une promesse simple sans *consideration* (*gratuitous promise*)¹²² — ne revêt pas juridiquement un caractère obligatoire. Les conséquences choquantes auxquelles un principe aussi rigoureux a pu conduire n'ont pas manqué de provoquer de vives réactions en faveur d'un assouplissement de la doctrine de la *consideration*.

c) Correctifs apportés à la doctrine de la *consideration* par la voie du *promissory estoppel*. Il paraît utile d'examiner dans ce contexte, en plus des solutions du droit anglais, qui ne semblent pas encore nettement établies, celles du droit américain, qui paraissent plus solidement posées.

1° Les solutions du droit anglais.

Le *Law Revision Committee* — organisme créé en 1934 et chargé de déposer des rapports concernant l'amendement du droit anglais¹²³ — examina notamment les problèmes soulevés par la doctrine de la *consideration* et proposa divers changements, dont l'un visait précisément la question des promesses non faites sous le sceau et émises sans *valuable consideration*¹²⁴. En prenant ici comme point de départ de son raisonnement le fameux *dictum* d'un juge sur l'*estoppel by*

121. Cf. *The Sale of Goods Act* de 1893, 56 et 57 Vict. C. 71, Part I, No. 1, par. 1 : « A contract of sale of goods is a contract whereby the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price. »

122. Cf. Jowitt, *op. cit.*, vol. 2, p. 1423, sous *Promise* : « ...A promise not under seal, made voluntarily and without valuable consideration, is not binding either in law or in equity. »

123. David, *op. cit.*, p. 83, fait observer que le législateur a donné effet à différents de ces rapports.

124. Cf. *Law Revision Committee, Sixth Interim Report (Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration)*, Cmd. 5449 (1937), p. 12 et ss. Ce rapport faisait notamment observer (p. 17) : « ...today in very many cases the doctrine of consideration is a mere technicality, which is irreconcilable either with the business expediency or common sense, and that it frequently affords a man a loophole for escape from a promise which he has deliberately given with the intent to create a binding obligation and in reliance on which the promisee may have acted », et, ayant souligné que des systèmes de droit modernes tels que le droit français ou le droit allemand fonctionnaient de façon satisfaisante sans l'aide « of the artificial common law doctrine of consideration with its subtle distinctions and refinements » (p. 17), il concluait (p. 18) : « If the view is accepted that all that is necessary in order to render an agreement enforceable is that there should be evidence that the parties intended to create a relationship binding in law, then it seems to follow that this requirement can be satisfied equally well either by consideration regarded as evidence of that intention or by some other evidence of that intention. » Aglion, *op. cit.*, p. 245, définit la *valuable consideration* comme le « droit acquis par le promettant en contre-partie de sa promesse (ne consiste pas nécessairement en une somme d'argent, mais doit procurer un avantage matériel) ».

*representation*¹²⁵, le *Law Revision Committee* marqua fort clairement le lien qui existait, à ses yeux, entre la théorie de l'*estoppel* et le droit des contrats. Après avoir constaté que, selon la doctrine classique, seules des *representations* portant sur des faits présents ou passés pouvaient donner lieu à l'*estoppel*¹²⁶, il estima utile de recommander un développement du droit en prévoyant qu'une promesse dont l'auteur sait, ou devrait raisonnablement savoir, que celui à qui il la fait s'y fier, liera son auteur si son destinataire a modifié sa position à son préjudice sur la foi de la promesse¹²⁷. C'était, en faisant admettre qu'un *estoppel* puisse résulter d'une *representation* émise de *futuro*, préconiser l'application d'une nouvelle catégorie de l'*estoppel by representation*. Si le droit anglais, conformément à la recommandation du *Law Revision Committee*, et particulièrement sous l'influence de certains juges¹²⁸, s'est penché avec attention sur le *promissory estoppel*, ainsi qu'on le dénomme généralement¹²⁹, la question a suscité et continue de susciter une large controverse — examinée ci-dessous¹³⁰ — et le débat paraît loin d'être clos.

2° Les solutions du droit américain.

Précédant sur ce point le droit anglais, le droit américain, face aux résultats manifestement injustes auxquels pouvait conduire la doctrine de la *consideration*, s'est efforcé de l'assouplir en vue d'obliger, dans certaines circonstances, l'auteur d'une *gratuitous promise*¹³¹. A ce titre, il a établi un principe en vertu duquel —

125. Cf. *supra*, note 43, p. 16.

126. *Law Revision Committee, op. cit.*, p. 24.

127. *Ibid.*, p. 31 : « That a promise which the promisor knows, or reasonably should know, will be relied on by the promisee shall be enforceable if the promisee has altered his position to his detriment in reliance on the promise. »

128. Et en premier lieu sous l'impulsion de Lord Justice Denning qui, depuis l'affaire *Central London Property Trust, Ltd. v. High Trees House, Ltd.*, (1947), K.B. 130 (à la page 134), a invoqué ou examiné la théorie du *promissory estoppel* à de nombreuses occasions.

129. *Halsbury's Laws of England* (3 éd.), vol. 15, par. 344, p. 175, indique qu'on l'appelle aussi parfois *equitable estoppel* ou *quasi-estoppel*. Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, signale que le *promissory estoppel* était un sujet inconnu de l'auteur de la première édition car « It was possible for the first edition of this work (1923) to assert with apparent finality that no estoppel could be founded upon a representation other than one as to an existing fact » (par. 314, p. 332) ; cet ouvrage qualifie le *promissory estoppel* de *quasi-estoppel*, en spécifiant néanmoins, par. 290, p. 285 : « ...while some significant departure is made from one or more of the general propositions laid down ... as governing true estoppels, yet the principles generally relating to estoppels are seen for the most part to be applicable. »

130. *Infra*, par. 14, pp. 34-36.

131. Cf. G.H.L. Fridman, « Promissory Estoppel », *The Canadian Bar Review*, vol. 35 (1957), p. 279 et ss. (ci-après mentionné « Fridman, *Promissory Estoppel I* »). Cet auteur se réfère à une abondante jurisprudence et mentionne, en tant que *leading case*, l'affaire *Dicketts v. Scothorn*, (1898) 57 N.E. 51, dont il donne le résumé suivant : « P left her employment in reliance upon a promise by X to pay her a sum of money. It was held that X contemplated that P would give up her occupation as a reasonable and probable consequence of his gift. Hence X was liable to make good his promise ». Par la suite, tenant compte de certains développements jurisprudentiels, cet auteur a publié, sous le même

pour reprendre les termes utilisés par l'*American Law Institute*, en 1932, dans son *Restatement of the Law of Contracts*¹³² — une promesse dont l'auteur devait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle incite son destinataire à agir, ou à s'abstenir d'agir, d'une façon déterminée et conséquente, et qui a conduit ce dernier à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la sorte, est juridiquement obligatoire si seule son exécution permet d'éviter une injustice. Il est aisé de dégager de ce principe les éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* — à la seule différence que les *representations* émises de futuro sont désormais admises — et des auteurs considèrent que le *promissory estoppel* vient en quelque sorte se substituer à la *consideration*¹³³. Le *promissory estoppel* semble s'être solidement ancré dans le droit américain¹³⁴, particulièrement à la suite du *Restatement* précité, et paraît s'imposer, selon certains auteurs, en tant que règle de droit matériel¹³⁵.

titre, un second article in *The Modern Law Review*, vol. 27 (1964), p. 747 et ss. (ci-après mentionné « *Fridman, Promissory Estoppel II* »). Voir également Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, pp. 355-358, Appendix (Development of the Law of Promissory Estoppel in the United States).

132. Cf. The American Law Institute's *Restatement of the Law of Contracts* (St. Paul : American Law Institute Publishers, 1932), vol. I, Article 90 (*Informal Contract without Assent or Consideration*) : « Promise Reasonably Inducing Definite and Substantial Action. A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. » Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, observe à ce sujet, p. 356 (note omise) : « Though the Restatement has in itself not the same weight, as a source of law, as actual decisions of Courts of high standing, yet the principle conveniently to be found set out in Article 90 has in fact formed the basis of a number of decisions in various States in different departments of the law of contracts ».

133. Cf. Samuel Williston, *A Treatise on the Law, of Contracts* (éd. révisée par S. Williston et George J. Thompson, New York : Baker, Voorhis & Co, 1936-1945, 9 vol.), vol. I, par. 139-140, pp. 494-503, qui intitule cette rubrique *Estoppel as a Substitute for Consideration*.

134. Cf. W.A. Seavey, « Reliance on Gratuitous Promises and Other Conduct », *Harvard Law Review*, vol. 69 (1945), p. 913 et ss., B.F. Boyer, « Promissory Estoppel Requirements and Limitations of the Doctrine », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 98 (1950), pp. 459-498, et « Promissory Estoppel : Principle from Precedents », *Michigan Law Review*, vol. 50, 1952, pp. 639-674 et 873-898, où il considère, p. 644, que la théorie du *promissory estoppel* trouve application dans les cinq situations suivantes : « ... (1) charitable subscriptions, (2) parol promises to give land, (3) gratuitous bailment, (4) gratuitous agency, and (5) a miscellany including such diversities as bonus and pension plans, waiver, and rent reductions », et conclut, p. 898 : « The precedents indicate ... that the doctrine of promissory estoppel should not be confined to specific small segments in restricted branches of our contract laws. It now merits recognition as a generalization of principle ; it should be so employed. », *Fridman, Promissory Estoppel I*, pp. 279-280.

135. Cf. notamment *Fridman, Promissory Estoppel I*, p. 290 : « ... in the United States there is a flourishing doctrine of promissory estoppel, which in proper cases can operate so as to give rise to the creation of enforceable promises, and binding contractual obligations, even where there is no consideration such as at common law would have supported the promises and obligations », Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, p. 356 : « The doctrine has been widely used in the United States, however, not only to support plaintiffs' causes of action but (differently from Commonwealth jurisdictions), in cases in which there is no previous contractual relationship between the parties », et pp. 357 in fine — 358 (note omise) : « While ... it cannot be said

14. Controverse sur le *promissory estoppel*¹³⁶. — Si de nombreux auteurs anglais¹³⁷ considèrent que le *promissory estoppel*, dérivé à leur avis d'un principe d'*equity* énoncé pour la première fois en 1877¹³⁸, a fait l'objet d'un développement considérable ces dernières années¹³⁹, sans pour autant que sa portée ou ses effets ne leur paraissent encore délimités de façon précise, d'autres auteurs¹⁴⁰ en revanche, se fondant sur la doctrine classique des éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* et sur celle de la *consideration*, continuent à lui dénier toute applicabilité et soulignent que les changements préconisés par le *Law Revision Committee* nécessiteraient des mesures législatives. Les principaux aspects de cette controverse s'analysent comme suit :

a) Le *promissory estoppel* et les éléments constitutifs de l'*estoppel by representation*. Les opposants à la théorie du *promissory estoppel* considèrent que les *representations* d'intention visées ne sauraient engendrer l'effet de l'*estoppel*, notamment parce qu'elles se rapportent à des événements futurs, donc incertains, et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger par conjecture de l'intention des Parties aux fins de construire leur contrat¹⁴¹, tandis que ses partisans affir-

that any clear principle has emerged, generally accepted in all the States, and with regard to all kinds of contracts, it is clear that the doctrine of promissory estoppel has been taken much further in the United States than in English and Commonwealth jurisdictions, and that in some states at least it has been used to reduce, if not to destroy, the prestige of consideration as an essential of valid contract. To those to whom the abolition of the requirements of consideration seems a reform with attractive possibilities, the uncertainty which presently besets American texts may seem to convey the signal, Proceed with caution.»

136. En plus des études déjà citées dans la présente Section, on peut mentionner — et cette liste est loin d'être exhaustive — les contributions suivantes : J.F. Wilson, « Recent Developments in Estoppel », *The Law Quarterly Review*, vol. 67 (1951), p. 330 et ss., L.J. Denning, « Recent Developments of Consideration », *The Modern Law Review*, vol. 15 (1952), p. 1 et ss., L.A. Sheridan, « Equitable Estoppel Today », *The Modern Law Review*, vol. 15 (1952), p. 325 et ss., A.C. Guest, « The New Estoppel : An English Development », *The Australian Law Journal*, vol. 30 (1956), p. 187 et ss., G.A. Mulligan, « Misrepresentation, Warranty, Estoppel » (cf. supra, note 60, p. 20), D.M. Gordon, « Creditors Promises to Forgo Rights, A study of the High Trees and Tool Metal Cases », *The Cambridge Law Journal*, 1963, p. 222 et ss.

137. Notamment Wilson, *op. cit.*, p. 334, Denning, *op. cit.*, p. 4, Guest, *op. cit.*, p. 189, *Halsbury's Laws of England*, loc. cit., Fridman, *Promissory Estoppel* I, p. 291 et ss., Mulligan, *op. cit.*, p. 348, Chitty, *op. cit.*, I, par. 135-136, p. 69.

138. Dans l'affaire *Hughes v. Metropolitan Rail. Co.* (1877), 2 App. Cas. 439, à la page 448 (par Lord Cairns, L.C.) : « ... it is the first principle upon which all Courts of Equity proceed, that if parties who have entered into definite and distinct terms involving certain legal results ... afterwards by their own act or with their own consent enter upon a course of negotiation which has the effect of leading one of the parties to suppose that the strict rights arising under the contract will not be enforced or will be kept in suspense, or held in abeyance, the person who otherwise might have enforced those rights will not be allowed to enforce them where it would be inequitable having regard to the dealings which have thus taken place between the parties. »

139. Voir la jurisprudence mentionnée par *Halsbury's Laws of England*, loc. cit., note g, et *Third Edition Cumulative Supplement* 1975, par. 344, p. 29.

140. Notamment G.H. Treitel, *The Law of Contracts* (Londres : Stevens & Sons, 1962), pp. 70-71, Gordon, *op. cit.*

141. Cf. Gordon, *op. cit.*, p. 247 : « It is not for courts to conjecture what parties intend, and to make their contracts for them. »

ment que l'on a été maintenant bien au-delà du vieil *estoppel* de la *common law* et que l'on a façonné un nouvel *estoppel* qui touche directement aux relations juridiques entre les Parties et qui s'applique aux *representations* relatives à l'avenir¹⁴².

La plupart des auteurs se posent également la question de savoir si la Partie qui invoque le *promissory estoppel* doit, comme dans le cas de l'*estoppel by representation* classique, apporter la preuve qu'en agissant sur la foi de la promesse qui lui était faite ou des assurances qui lui étaient données, elle a modifié sa position à son préjudice¹⁴³. Et certains d'entre eux¹⁴⁴ estiment qu'il s'agit là d'une condition d'existence essentielle de tout *estoppel by representation*, sur laquelle la recommandation du *Law Revision Committee* avait du reste mis l'accent¹⁴⁵, et que l'examen de la jurisprudence évoquée au titre du *promissory estoppel* permet de constater que cet élément de préjudice fait souvent défaut ou, du moins, que sa preuve est difficile à apporter¹⁴⁶. Une incertitude semble subsister à ce sujet¹⁴⁷.

b) La nature juridique du *promissory estoppel* et la doctrine de la *consideration*. On a objecté que si l'on venait à considérer le *promissory estoppel* comme se substituant à la *consideration* lorsque celle-ci fait défaut, il revêtirait le caractère d'un principe générateur ou translatif de droits et d'obligations contractuels et dépasserait son simple rôle de moyen de défense pour constituer, le cas échéant, le fondement même d'une action, ce qui ne saurait qu'introduire de l'incertitude dans le droit des contrats et de la confusion dans la doctrine de la *consideration*¹⁴⁸. Certains commentateurs¹⁴⁹ ont fait

142. Cf. notamment l'opinion de Lord Justice Denning dans l'affaire *Lyle-Meller v. A. Lewis & Co. (Westminster), Ltd.*, (1956), 1 All E.R. 247, à la page 250 : « ...we have got far beyond the old common law estoppel now. We have reached a new estoppel which affects legal relations. This new estoppel applies to representations to the future. » Voir également *Halsbury's Laws of England*, *loc. cit.*

143. Notamment Wilson, *op. cit.*, pp. 333, 348-350, Denning, *op. cit.*, pp. 4-5, Sheridan, *op. cit.*, pp. 336-337, 339, Guest, *op. cit.*, pp. 189-190, Fridman, *Promissory Estoppel* I, p. 306, Chitty, *op. cit.*, I, par. 137, p. 70, Fridman, *Promissory Estoppel* II, p. 749, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 323, pp. 347-351.

144. Cf. Wilson, *op. cit.*, p. 333, Guest, *op. cit.*, p. 190, Fridman, *loc. cit.*

145. Cf. *supra*, par. 13, al. c, 1^o, p. 32.

146. Si, par exemple, une institution de bienfaisance démontrera facilement qu'en agissant sur la foi de la promesse d'un don, elle a engagé certains travaux et modifié ainsi sa position à son préjudice, il sera beaucoup plus malaisé à un locataire, à qui son bailleur a temporairement promis, du fait de difficultés économiques dues à la guerre, de réduire le prix du loyer, de prouver — si celui-ci revient sur sa promesse et réclame à nouveau le prix entier du loyer tel qu'il était prévu dans le contrat de bail — qu'il subit un véritable préjudice.

147. Cf. Denning *op. cit.*, pp. 5 et 9, Spencer Bower et Turner, *loc. cit.* Voir également *infra*, par. 15, p. 36.

148. Cf. Gordon, *op. cit.*, pp. 247-248 : « ...that means that the rights of a promisee are governed by different law according as he sues or is sued. But such a dual system of rights simply will not work ... Alleged legal principles that operate in this arbitrary and capricious fashion making rights depend on which party can be manoeuvred into bringing suit must be suspect », et p. 260. Fridman, *Promissory Estoppel* I, pp. 302-303.

149. Notamment Wilson, *op. cit.*, p. 330.

observer qu'une distinction claire n'a pas toujours été établie entre le droit des contrats et l'*estoppel*, qu'il s'agisse de la formation, de la modification ou de l'extinction des contrats, et que la théorie du *promissory estoppel* risquait d'accentuer cette incohérence. Si plusieurs auteurs et juges semblent admettre que l'on ne se trouve plus, avec l'*estoppel by representation*, en présence d'une règle visant uniquement à empêcher la preuve de certains faits, mais face à un principe susceptible de créer des droits au profit de la personne qui fait triompher l'*estoppel* qu'elle allègue¹⁵⁰, la majorité d'entre eux considère néanmoins que le *promissory estoppel* ne s'applique que là où les Parties sont déjà entrées dans des relations contractuelles bien définies, c'est-à-dire qu'il n'opère que dans les cas de modification ou d'exécution d'un contrat et non dans ceux de sa formation, et qu'il ne saurait devenir le fondement d'une action¹⁵¹.

15. Portée actuelle de la théorie du *promissory estoppel*. — Largement évoqué dans la jurisprudence depuis une trentaine d'années et étudié par de nombreux auteurs, le *promissory estoppel* ne paraît pas avoir été délimité jusqu'ici de façon précise quant à sa portée et ses effets¹⁵². Comme un juge l'a déclaré dans une affaire récente¹⁵³, il est naturel qu'une théorie en pleine expansion, qui soulève de nombreux problèmes, n'ait pu encore être mise au point de manière claire, mais le temps semble approcher où les tribunaux estimeront nécessaire de réexaminer l'ensemble des affaires où il fut question du *promissory estoppel* en vue d'arrêter à son sujet une doctrine cohérente.

150. Cf. *supra*, par. 7, pp. 17-18.

151. Cf. Wilson, *op. cit.*, pp. 341-347, Sheridan, *op. cit.*, pp. 328-331, Guest, *op. cit.*, p. 189, Fridman, *Promissory Estoppel I*, pp. 299-303, Chitty, *op. cit.*, I, par. 139, Treitel, *op. cit.*, pp. 253-254, Fridman, *Promissory Estoppel II*, pp. 749-750, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 320-321, pp. 340-347. Il y a lieu de signaler que l'opinion de Lord Justice Denning — l'un des principaux promoteurs de la théorie du *promissory estoppel*, qui ne semblait d'abord pas voir d'objection à ce que l'on considérât l'*estoppel* comme susceptible de constituer le fondement même d'une action — évolua beaucoup sur ce point et qu'il en vint à adopter un point de vue plus réservé dans l'affaire *Combe v. Combe*, (1951) 1 All E.R. 767, en déclarant (p. 770), d'accord avec les deux autres juges : « Seeing that the principle never stands alone as giving a cause of action in itself, it can never do away with the necessity of consideration when that is an essential part of the cause of action. The doctrine of consideration is too firmly fixed to be overthrown by a side-wind. Its ill effects have been largely mitigated of late, but it still remains a cardinal necessity of the formation of a contract, although not of its modification or discharge. »

152. *Halsbury's Laws of England*, *loc. cit.*, observe (notes omises) : « The doctrine may have been too widely stated in recent cases and its limits are not yet finally settled ».

153. Lord Hailsham of St. Marylebone LC., dans l'affaire *Woodhouse A.C. Israel Cocoa Co., Ltd., S.A. v. Nigerian Produce Marketing Co., Ltd.*, (1972) 2 All E.R. 271, à la page 282 (notes omises) : « I desire to add that the time may soon come when the whole sequence of cases based on promissory estoppel since the war, beginning with *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.*, may need to be reviewed and reduced to a coherent body of doctrine by the courts. I do not mean to say that any are to be regarded with suspicion. But, as is common with an expanding doctrine, they do raise problems of coherent exposition which have never been systematically explored. »

Pour l'heure, ainsi que le signale un ouvrage qui suit régulièrement les développements jurisprudentiels¹⁵⁴, le *promissory estoppel* semble être régi par les principes suivants : a) le destinataire de la promesse doit avoir modifié sa position ; b) le promettant peut revenir sur sa promesse en informant l'autre Partie — cette notification n'étant pas soumise à des conditions de forme — à un moment et d'une façon qui lui permettent de recouvrer sa position initiale ; c) la promesse ne lie son auteur et ne devient irrévocable que si celui à qui elle est faite ne peut recouvrer sa position initiale. Le *promissory estoppel* ne saurait constituer le fondement même d'une action.

Section IV

FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION¹⁵⁵

16. Trois théories. — Les juristes anglais semblent s'être heurtés à de grandes difficultés lorsqu'ils ont essayé de donner un fondement juridique à l'*estoppel by representation*, et la question n'a guère été débattue dans la doctrine. En suivant un auteur français¹⁵⁶, on peut situer dans trois domaines différents le fondement de l'obligation pesant sur l'auteur d'une *representation* dans une situation d'*estoppel* : a) la théorie de la bonne foi ; b) la théorie de la responsabilité délictuelle ; c) la théorie du contrat implicite.

a) La théorie de la bonne foi. Il est évident que la contradiction dans les déclarations, les actes ou les attitudes d'une personne, qui ont conduit une autre personne à agir à son détriment, est incompatible avec la bonne foi. On pourrait donc considérer que la règle qui a pour effet, si certaines conditions sont remplies, d'empêcher une Partie de venir contester en justice ce qu'elle a précédemment dit, fait, ou laissé croire, est basée sur le principe général de la bonne foi, notion essentielle de tout droit. L'une des plus anciennes

154. *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, *Third Edition Cumulative Supplement* 1975, par. 344, Text and Notes (i) — (m), qui — se référant à l'affaire *Ajayi (trading under the name and style of the Colony Carrier Co.) v. R.T. Briscoe (Nigeria), Ltd.*, (1964), 3 All E.R. 556, P.C., à la page 559 — avance : « The principle is subject to the qualifications (1) that the other party has altered his position, (2) that the promisor can resile from his promise on giving reasonable notice, which need not be formal, giving the promisee a reasonable opportunity of resuming his position, and (3) that the promise only becomes final and irrevocable if the promisee cannot resume his position ».

155. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 24-30, pp. 20-31, Dargent, *op. cit.*, pp. 229-233, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 14-16, pp. 18-21.

156. Dargent, *loc. cit.*

autorités anglaises¹⁵⁷ l'avait d'ailleurs souligné en se référant dans ce contexte au principe *Allegans contraria non audiendus est*, considéré comme l'une des applications de la bonne foi¹⁵⁸, et les tribunaux anglais l'ont confirmé à diverses reprises en évoquant cette théorie à propos de l'*estoppel*¹⁵⁹. Certains auteurs toutefois¹⁶⁰, constatant que l'*estoppel by representation* vise à protéger la bonne foi de celui qui a agi en croyant à l'exactitude de la *representation* qui lui était adressée, c'est-à-dire à l'existence de certains faits¹⁶¹, et considérant que, dans un tel cas, la bonne foi ne peut être appréciée que subjectivement, se demandent si cette théorie ne constitue pas le fondement plutôt moral que juridique de l'*estoppel*. Même s'ils admettent que l'appréciation de la bonne foi revêt ici une certaine forme d'objectivité, en ce sens que l'on examine si la *representation* était telle qu'un homme raisonnable pouvait la considérer comme vraie et croire que son auteur voulait qu'il agît en se fondant sur elle (voir les indications données ci-dessus au sujet de la nécessaire *materiality* de la *representation*¹⁶²), ils doutent que la bonne foi ait la valeur d'un véritable principe juridique, générateur d'obligations.

b) La théorie de la responsabilité délictuelle. On pourrait rattacher l'*estoppel by representation* au régime de la responsabilité, en considérant que la modification préjudiciable dans la position du destinataire de la *representation* est un dommage provoqué par celle-ci, et que l'auteur de la *representation*, responsable de ce dommage, doit réparation, étant entendu que le maintien de la *representation* constitue l'une des formes de cette réparation¹⁶³. On peut cependant objecter à cela, avec certains auteurs¹⁶⁴, que l'*estoppel by representation*, règle de la procédure probatoire qui opère indépendamment de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'auteur de la *representation*, se situe en dehors du droit de la responsabilité. On peut également souligner, avec ces mêmes auteurs¹⁶⁵, qu'il ne faut pas confondre l'*estoppel by representation*, principe de l'irrecevabilité des rétractions, avec la *representation* qui lui donne naissance et qui peut, elle, constituer en même temps une *misrepresentation*, un délit susceptible d'entraîner une action en responsabilité ou une action pénale.

157. 2 *Coke on Littleton*, 352 a, note 1 : « No man ought to allege anything but the truth for his defense, and what he has alleged once, is to be presumed true, and therefore he ought not to contradict it ; for as it is said in the 4 Inst. 272, *allegans contraria non est audiendus* ».

158. Cf. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Londres : Stevens & Sons, 1953), pp. 141-142.

159. Notamment dans *Cave v. Mills* (1862), 7 H. & N. 913 (par Bramwell B., à la page 931), et dans les affaires mentionnées par Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 15, p. 19, notes 2 et 3, et p. 20, note 1.

160. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 230.

161. Cf. *supra*, par. 10, al. c, p. 26.

162. *Supra*, par. 10, al. b, p. 26.

163. Cf. Dargent, *op. cit.*, pp. 231-232, Fridman, *Promissory Estoppel I*, p. 283.

164. Auteurs mentionnés *supra*, par. 7, note 51, p. 18.

165. *Ibid.*

c) La théorie du contrat implicite. Les juristes anglais semblent généralement préférer donner une base contractuelle à l'*estoppel by representation*, ainsi qu'en témoignent les *dicta* de plusieurs juges et les observations de certains auteurs¹⁶⁶. Partant du point de vue que la personne qui a émis une *representation* et celle qui a agi et modifié sa position sur la foi de cette *representation* ont manifesté l'une et l'autre leur intention de la tenir pour vraie, on peut en inférer un engagement conventionnel¹⁶⁷. On peut donc, en présumant de façon irréfragable l'existence d'un contrat implicite entre l'auteur et le destinataire de la *representation*, doter les faits qui sont l'objet de cette *representation* d'une valeur de vérité conventionnelle, donc intangible, d'où résulte l'interdiction faite à l'auteur de la *representation* de venir les contredire.

Section V

MISE EN ŒUVRE DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION¹⁶⁸

17. Procédure. — En raison même de sa nature juridique¹⁶⁹, le moyen de l'*estoppel by representation* ne peut être utilisé qu'au cours du procès, au moment où l'auteur d'une *representation* présente des allégations ou des prétentions nouvelles qui la contredisent,

166. Cf. les indications données à ce sujet par Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 26-27, pp. 24-27, en particulier p. 27 (note omise): « It is said that, just as there may be an express agreement that a certain evidence of a fact shall be conclusive, and that neither party shall be at liberty to contradict the fact so evidenced, which agreement of course the law will enforce, so also there may be an understanding, or tacit agreement, between the parties of a like nature, in virtue of a representation made by them to one another, or made by one of them to, and accepted and acted upon by, the other, which implied agreement the Courts are as much bound to recognize as an express agreement to that effect », et par Dargent, *op. cit.*, p. 233, Fridman, *Promissory Estoppel* I, pp. 297-299. Voir également les remarques présentées *supra*, par. 13, al. c, 1^o, pp. 31-32 et par. 14, al. b, pp. 35-36.

167. Cf. par exemple le *dictum* de Lord Blackburn dans l'affaire *Burkinshaw v. Nicolls* (1878), 3 App. Cas. 1004 (à la page 1026): « When a person makes to another the representation, 'I take upon myself to say such and such things do exist, and you may act upon the basis that they do exist,' and the other man does really act upon that basis, it seems to me it is of the very essence of justice that, between those two parties, their rights should be regulated, not by the real state of the facts, but by that conventional state of facts, which the two parties agreed to make the basis of their action; and that is what I apprehend is meant by *estoppel in pais* ... »

168. Pour un examen complet de cette question, cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, Chapter IX (*Pleading and Procedure*), par. 427-435, pp. 385-391, Dargent, *op. cit.*, pp. 179-185, *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, par. 381, pp. 202-203, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, Part IV (*Procedure*), par. 326-328, pp. 359-366. Pour une étude détaillée du droit procédural anglais, voir *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 30, pp. 1-39 (*Pleading*) et pp. 291-541 (*Practice and Procedure*).

169. Cf. *supra*, par. 7, pp. 16-17.

l'infirmement ou la modifient sur un point essentiel¹⁷⁰. La question de l'estoppel ne se pose donc qu'une fois le litige porté devant le tribunal.

Jusqu'à l'avènement des *Judicature Acts* de 1873 et de 1875¹⁷¹, l'estoppel by representation — ou, pour reprendre l'expression classique, l'estoppel in pais — pouvait être invoqué à un moment quelconque du procès et sans qu'aucune forme spéciale ne soit requise pour sa mise en œuvre, contrairement à ce qui se passait pour l'estoppel by res judicata et pour l'estoppel by deed, auxquels on ne pouvait recourir qu'en des termes précis¹⁷². Avec le nouveau système procédural, il doit désormais être allégué au cours des pleadings (procédure écrite qui précède l'audience)¹⁷³, dès que l'occasion s'en présente, c'est-à-dire dès que la Partie adverse avance une affirmation qui vient contredire une representation qu'elle a faite antérieurement¹⁷⁴. Aucune formule obligatoire n'est imposée pour l'invoquer : dans la plupart des cas, le plaideur se contente d'exposer les faits et de déclarer son adversaire estopped, en raison de ces faits, d'avancer telle allégation ou de soutenir telle prétention, mais il n'est même plus nécessaire de nommer ce moyen lorsqu'on y recourt, pourvu que l'on apporte la preuve complète de chacun de ses éléments constitutifs¹⁷⁵. Lorsque la procédure intentée ne com-

170. Et cela, comme le fait remarquer Dargent, *op. cit.*, p. 182, «...quand bien même l'attitude de l'agents dès avant le procès constituerait une representation incompatible avec la première, quand bien même cette attitude serait, elle-même, une cause d'action ».

171. David, *op. cit.*, p. 78 et ss. et p. 192 et ss., indique que ces deux lois ont réformé complètement l'organisation judiciaire de l'Angleterre, notamment en supprimant la distinction entre Courts of Law et Courts of Equity.

172. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 428, par. 385, et *Res Judicata*, par. 282, pp. 168-169, Dargent, *op. cit.*, p. 183, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 381, pp. 202-203.

173. Aglion, *op. cit.*, p. 182 (sous Pleadings) en donne la définition suivante : «...déclarations écrites des parties, soumises au tribunal... Conclusions écrites ». Jowitt, *op. cit.*, vol. 2, p. 1352 (sous Pleadings), précise notamment : « The pleadings in an action in the High Court are written statements delivered alternately by the parties to one another, until the questions of facts and law to be decided in the action have been ascertained ». Voir aussi Dargent, *op. cit.*, p. 88, note 4.

174. Cf. *Rules of the Supreme Court, Order 19, rule 15* (maintenant — selon *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, *Third Edition Cumulative Supplement 1975*, par. 381 — Order 18, rule 8), in *The Annual Practice* (Londres : Sweet & Maxwell Ltd., 1962), vol. 1, p. 475 : « The defendant or plaintiff (as the case may be) must raise by his pleadings all matters which show the action of counterclaim not be the maintainable, or that the transaction is either void or voidable in point of law, and all such grounds of defence or reply, as the case may be, as if not raised would be likely to take the opposite party by surprise, or would raise issues of fact not arising out of the preceding pleadings... ». Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 435, p. 391, Dargent, *op. cit.*, p. 185, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 328, pp. 365-366, signalent que, dans certains cas, l'estoppel by representation peut être invoqué sous forme de question préjudicielle, avant même que soit débattu le fond du procès.

175. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 431, pp. 388-390, qui souligne notamment (p. 389, notes omises) : « There are ... cases where ... the Court will construe the pleading, however informal and unconventional it may be, as one of estoppel, if, looking to the substance rather than to the form, it is satisfied that the pleader must have intended it as such. » Dans

porte pas de *pleadings*¹⁷⁶, ou que l'occasion d'invoquer l'*estoppel* ne se présente qu'à la clôture de ceux-ci, la Partie qui entend utiliser ce moyen doit le faire sitôt qu'elle en a la possibilité, c'est-à-dire, généralement, à l'audience. Une Partie qui, fondée à alléguer l'*estoppel by representation*, omet de le faire en temps voulu, risque d'être déchu du droit d'y recourir dans une phase ultérieure de la procédure¹⁷⁷.

Section VI

FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION¹⁷⁸

18. Remarques introductives. — Si une Partie ne parvient pas à établir l'un des éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* qu'elle invoque, il va de soi que cet *estoppel* restera sans effet. Si, en revanche, elle réussit à démontrer qu'il remplit toutes ses conditions d'application, la Partie à l'encontre de laquelle il est allégué pourra, le cas échéant, en éluder l'effet en lui opposant certaines fins de non-recevoir que l'on peut, avec certains auteurs¹⁷⁹, classer en cinq catégories : A) la mauvaise foi du destinataire de la *representation* ; B) la révocation de la *representation* par son auteur ; C) la *fraud* et la contrainte ; D) l'exception d'illégalité ; E) l'existence d'un *cross-estoppel*.

le même sens, Dargent, *op. cit.*, pp. 184-185, qui donne l'exemple de cas où le tribunal a présumé l'invocation de l'*estoppel* de l'emploi de termes même vagues et imprécis, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 326, p. 363.

176. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 432, p. 390, et *Res Judicata*, par. 293, p. 174, où il indique que c'est notamment le cas devant les *courts of summary jurisdiction* et dans de nombreuses procédures sommaires, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 327, p. 364.

177. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 431-432, pp. 388-391, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 326-327, pp. 361-365.

178. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, Chapter VII, par. 198-229, pp. 166-195, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, Chapter VII, par. 129-151, pp. 123-143, intitulent ce chapitre *Affirmative Answers to a Case of Estoppel by Representation* (l'expression *answer* s'entendant — selon Jowitt, *op. cit.*, vol. 1, p. 126 — de toute réponse d'une Partie à une allégation d'une autre Partie). Dargent, *op. cit.*, pp. 185-198, parle ici de « fins de non-recevoir opposables à l'*Estoppel by Representation* ». Selon Dalloz, *Nouveau Répertoire de droit* (1^{re} éd., publ. sous la direction de Emmanuel Vergé et Georges Ripert ; Paris : Jurisprudence générale Dalloz, 1947-1950, 4 vol.), tome II, p. 430, N° 153 : « Les fins de non-recevoir constituent une catégorie de moyens intermédiaires entre les défenses au fond et les exceptions, dont les contours n'ont jamais été nettement fixés et dont certains auteurs n'aperçoivent guère l'utilité. » On pourrait également parler d'« exceptions de nullité opposables à l'*estoppel by representation* ».

179. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 198, p. 166, Dargent, *op. cit.*, p. 185, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 129, p. 123.

19. A) Mauvaise foi du destinataire de la *representation*¹⁸⁰. —

Ainsi qu'indiqué ci-dessus¹⁸¹, le destinataire d'une *representation* ne peut prétendre avoir agi sur la foi de celle-ci s'il savait ou croyait qu'elle était fausse ou irrégulière. La fin de non-recevoir basée sur la mauvaise foi du destinataire de la *representation* peut être établie directement, à l'aide de documents, de témoignages, etc., qui démontrent qu'il avait eu connaissance ou était convaincu de la fausseté ou de l'irrégularité de la *representation* qui lui était faite¹⁸². Elle peut également résulter — selon la classification d'un auteur¹⁸³ — de trois types de présomptions légales : a) de façon générale, toute Partie à un rapport juridique, et, dans le cas de l'*estoppel by representation*, toute personne ayant agi sur la foi de la *representation*, est présumée avoir eu connaissance de tous les faits de notoriété publique et de tous les usages ayant trait au rapport juridique considéré¹⁸⁴ ; b) si le destinataire de la *representation* a agi par l'intermédiaire d'un représentant¹⁸⁵ qui a eu connaissance de la fausseté ou de l'irrégularité de la *representation*, il est présumé en avoir également eu connaissance¹⁸⁶ ; c) si le destinataire de la *representation*, ayant eu connaissance de certains faits, devait raisonnablement avoir eu connaissance d'autres faits liés à ces premiers et propres à lui faire connaître l'inexactitude de la *representation*, ou avait le devoir de s'informer plus amplement sur ces faits, il est présumé, dans certains cas, en avoir eu effectivement connaissance ou s'en être informé¹⁸⁷.

20. B) Révocation de la *representation* par son auteur¹⁸⁸. — La *representation* ne devenant irrévocable, aux fins de l'*estoppel*, qu'à partir du moment où elle a conduit son destinataire à agir de façon à modifier sa position à son préjudice, l'auteur d'une *representation* pourra valablement s'opposer à l'*estoppel* allégué à son encontre s'il parvient à prouver qu'il avait communiqué à l'intéressé son intention de la révoquer avant qu'elle n'ait déterminé celui-ci à

180. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 199-206, pp. 166-175, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 130-133, pp. 123-128.

181. *Supra*, par. 10, al. c, p. 26.

182. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 201, pp. 167-168, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 131, p. 124.

183. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 201A-204, pp. 168-173. Cette classification est reprise par Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 132, pp. 124-127.

184. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 202, pp. 168-171, Spencer Bower et Turner, *loc. cit.*, al. a, p. 125.

185. Cf. *supra*, par. 10, al. a, p. 24.

186. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 203, pp. 171-172, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, *loc. cit.*, al. b, pp. 125-126.

187. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 204, pp. 172-173, Spencer Bower et Turner, *loc. cit.*, al. c, pp. 126-127.

188. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 207-210, pp. 175-178, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 134-135, pp. 128-129.

agir¹⁸⁹. Il devra établir avec soin que le destinataire de la *representation* — ou, s'il s'agit d'un groupe de destinataires, chaque membre de ce groupe — a pris connaissance personnellement de ladite révo-
cation¹⁹⁰.

21. C) *Fraud* et contrainte¹⁹¹.

a) *Fraud*. Si une personne a fait une *representation* en se fondant sur une *misrepresentation* frauduleuse (*fraudulent misrepresentation*) émise par le destinataire de sa *representation*, elle pourra valablement opposer la fin de non-recevoir résultant de la *fraud* à l'*estoppel* que celui-ci allègue à son encontre¹⁹². Ce principe couvre également les cas où le destinataire d'une *representation* avait caché certains faits déterminants qui eussent pu conduire l'auteur de celle-ci à ne pas l'émettre ou à mieux s'informer¹⁹³.

b) Contrainte. L'auteur de la *representation* fera échec à l'*estoppel* invoqué s'il prouve qu'il l'a émise sous contrainte physique ou morale (*coercion, duress*)¹⁹⁴.

22. D) Exception d'illégalité¹⁹⁵. — Si l'auteur d'une *representation* réussit à établir qu'en recevant l'*estoppel* invoqué contre lui on viendrait consacrer une situation illégale¹⁹⁶, la fin de non-recevoir

189. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 207, p. 175, Dargent, *op. cit.*, pp. 188-189, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 134, p. 128, font observer que, dans le cas de *representations* engendrant entre deux personnes un rapport juridique permanent (telles les *representations by acts and conduct* qui établissent, par exemple, un rapport juridique continu entre le bailleur et le locataire), il est loisible à leur auteur de les révoquer en tout temps, si leur destinataire n'a pas encore pris de mesures entraînant une modification de sa position actuelle. C'est ainsi que le bailleur peut, par une *representation* inverse de celle qu'il a faite précédemment, résilier le bail dès que prend fin la période de location.

190. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 208, pp. 175-177, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 135, p. 129.

191. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 211-216, pp. 178-182, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 136-138, pp. 129-131. L'expression *fraud* — définie par Jowitt, *op. cit.*, vol. I, p. 834 (sous *Fraud*), comme un « *advantage gained by unfair means* » — s'entendant en droit anglais du dol, de l'abus de confiance, de toutes les variétés de la mauvaise foi ou des pratiques malhonnêtes par lesquelles une personne vise à se procurer des avantages, on la conservera non traduite dans le présent texte car aucun vocabulaire français ne recouvre entièrement l'ensemble de ces notions.

192. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation* par. 212, pp. 178-180, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 137, p. 130.

193. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 429, p. 227.

194. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 216, pp. 181-182, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 138, pp. 130-131. Ces auteurs observent que la contrainte ne doit pas nécessairement avoir été exercée par le destinataire de la *representation*.

195. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 217-227, pp. 182-193, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 139-149, pp. 131-142.

196. Selon Jowitt, *op. cit.*, vol. 2, p. 935 (sous *Illegal*), un acte est illégal « *when it is one which the law directly forbids, as to commit a murder or obstruct a highway. The illegality of an act is not only of importance as subjecting the doer to the penalties imposed for disobedience of the law, but also because the act is not recognised by law as capable of creating any right, except as a remedy for any injury caused by it...* ».

qu'il fonde sur cette illégalité rend nul l'*estoppel* allégué¹⁹⁷. On ne saurait accepter, en effet, que l'*estoppel* ait pour résultat d'empêcher l'auteur d'une *representation* de porter à la connaissance du tribunal le caractère illégal de tel acte ou de telle situation¹⁹⁸. On ne pourrait admettre, notamment, qu'une *representation* qui a dérogé pour des motifs d'intérêts particuliers à des dispositions légales d'ordre public puisse entraîner l'effet de l'*estoppel*¹⁹⁹.

23. E) Existence d'un *cross-estoppel* (*estoppel* contre *estoppel*)²⁰⁰.

— L'expression *cross-estoppel* vise la situation, assez improbable, où la Partie qui invoque l'*estoppel* est prétendue *estopped* à son tour, par la Partie adverse, de recourir à ce moyen. Tel serait le cas, par exemple, si une Partie parvenait à démontrer que sa *representation* n'était que le résultat, voire la reproduction, d'une *representation* émise antérieurement par celui-là même qui recourt à l'*estoppel*²⁰¹. Il en résulte qu'aucun des deux *estoppels* n'est pris en considération, car, à supposer que la preuve de leurs éléments constitutifs soit apportée pour chacun d'entre eux, ils s'annulent mutuellement²⁰².

197. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 217, p. 182, et Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 139, p. 131, font observer que même si l'auteur de la *representation* ne présente pas une telle fin de non-recevoir, il est du devoir du tribunal, dès qu'il a pris connaissance de l'illégalité en question et quelle que soit sa source d'information, de déclarer nul l'*estoppel* allégué.

198. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 345, p. 176. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 219-227, p. 184-193, Dargent, *op. cit.*, p. 196, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 141-149, pp. 134-142, indiquent que c'est dans le domaine du droit des contrats, du droit de famille et de la législation sur la faillite que l'exception d'illégalité opposée à l'*estoppel by representation* paraît jouer un rôle prédominant.

199. Cf. Dargent, *loc. cit.*

200. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 228, pp. 193-194, Dargent, *op. cit.*, pp. 91-92, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 150, pp. 142-143. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 394, p. 211, observe cependant que, dans la jurisprudence moderne, le juge ne semble pas avoir retenu le principe du *cross-estoppel* « for which he could 'find no authority' other than text-books » (note omise).

201. Spencer Bower, *loc. cit.*, et Spencer Bower et Turner, *loc. cit.*, utilisent également dans ce contexte l'expression *cross-representation* et se réfèrent notamment au cas où l'auteur d'une *representation* n'aura fait que reproduire le langage tenu par celui-là même qui lui oppose un *estoppel* à raison de cette déclaration.

202. 2 *Coke on Littleton*, 352 b, avait exprimé ce principe comme suit : « ...estoppel against estoppel doth put the matter at large ».

Section VII

CHAMP D'APPLICATION DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION

24. Règle d'applicabilité générale. — L'examen de la jurisprudence permet de constater la généralité d'application de l'*estopped by representation*, branche de l'*estoppel* la plus fréquemment invoquée de nos jours, qui se présente sous les aspects les plus variés et à laquelle aucun domaine du droit ne semble fermé²⁰³. Il est aisé de comprendre qu'une règle qui a pour effet d'empêcher une personne d'affirmer, dans certaines circonstances, un état de choses différent de celui qu'elle a fait valoir précédemment puisse trouver application dans une multitude de situations²⁰⁴.

25. Domaines d'application. — Il est des domaines du droit qui offrent un terrain particulièrement favorable à l'application de l'*estoppel by representation* et qui fournissent à cet égard une jurisprudence abondante. Sans entrer dans le détail, on peut mentionner notamment les situations d'*estoppel by representation* suivantes²⁰⁵ :

a) *Agency by estoppel*²⁰⁶. En l'absence de tout contrat de mandat (*agency*) exprès, une personne peut s'être conduite de telle sorte qu'elle soit *estopped* de contester ou d'alléguer, suivant le cas, sa qualité de mandant (*principal*) ou de mandataire (*agent*).

203. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 224, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 422, p. 223.

204. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, Chapter VIII, par. 230-426, pp. 196-384, Dargent, *op. cit.*, pp. 199-227, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 436-472, pp. 232-256, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, Part II, Chapters IX-XII, par. 163-289, pp. 157-282. Dargent fait notamment observer (*op. cit.*, pp. 224-225) : « On peut poser le principe suivant : toute *Representation* valable et entraînant une altération de position chez le 'recipients' faite relativement à l'existence, à la validité, au contenu d'un acte écrit ou d'un document quelconque, solennel ou non solennel, toute *Representation* relative à l'existence ou à la validité d'une relation juridique (mandat, créance, location, gage, lien matrimonial, etc.), toute *Representation* relative à la régularité d'un acte, d'une transaction quelconque, ou d'une procédure, enfin toute *Representation* relative au statut, à la qualité, à la situation, à la capacité de celui qui l'émet, engendrent *Estoppel*, et ne peuvent être contredites par leurs auteurs exprès ou présumés », et il en conclut que l'*estoppel by representation* a « la valeur d'une disposition générale sanctionnant l'apparence créée ».

205. Cette liste s'inspire principalement de celle dressée par Spencer Bower, *loc. cit.*, et par *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 339, pp. 170-171.

206. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 231-238, pp. 196-214, Dargent, *op. cit.*, p. 200, Chitty, *op. cit.*, II, par. 21-22 et 98, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 441-448, pp. 237-240, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 164-171, pp. 159-168.

b) *Estoppel by election* ²⁰⁷. Cet *estoppel* — dénommé également *estoppel by waiver* — peut entrer en considération lorsque, face à une alternative, une personne a dû opérer un choix entre deux solutions ou entre deux attitudes s'excluant l'une l'autre.

c) *Estoppel between landlord and tenant* ²⁰⁸ et *estoppel between bailor and bailee* ²⁰⁹. L'*estoppel* joue un rôle considérable en matière de possession, aussi bien dans les rapports contractuels de bailleur (*landlord*) à locataire (*tenant*) ²¹⁰ que, s'agissant des biens meubles, dans les relations entre le déposant ou le prêteur (*bailor*) et le dépositaire du bien (*bailee*) ²¹¹.

d) *Estoppel by acquiescence* ²¹². L'expression « acquiescement » (*acquiescence*) s'entendant de l'absence d'intervention d'une personne

207. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 239-255, pp. 214-251, Dargent, *op. cit.*, p. 205 et ss., qui parle ici d'*estoppel* « en matière d'alternative par option de l'agens » (terme qu'il emploie pour désigner l'auteur d'une *representation*), *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, par. 450, p. 242, qui utilise l'expression *election by estoppel*. Il est à signaler que Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, n'a pas jugé possible de considérer — comme le faisait la première édition — que l'on se trouve dans un tel cas devant l'une des catégories de l'*estoppel by representation*, faisant observer (p. vi) : « Election is seen in this edition as an anomalous case, showing such differences from other estoppels as to warrant its postponement to Part III among the quasi-estoppels » ; il examine cette question Chapter XIII, par. 290-313, pp. 285-331.

208. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 256-295, pp. 251-285, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 455-463, pp. 247-252, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 172-192, pp. 169-188.

209. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 296-304, pp. 285-291, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 464-471, pp. 252-256, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 193-198, pp. 188-194.

210. Dargent, *op. cit.*, p. 211, rappelle que l'*estoppel* joue un rôle important dans ce domaine pour des raisons historiques (évoquées *supra*, par. 2, al. c, p. 11) : les *acts in pais*, déclarations publiques relatives au droit à la possession d'une terre, consistaient en des formules par lesquelles « le seigneur d'un bien foncier en confiait la possession à un tenant ..., tandis que le tenant saisi faisait acte de prise de possession » et avaient pour résultat de rendre l'une ou l'autre Partie *estopped* de contester la régularité de cet accord.

211. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 464, p. 252, présente cet *estoppel* comme suit (notes omises) : « A bailee, as a general rule, is estopped from denying the title of the bailor from whom he received the goods, and he is equally estopped from denying the title of one to whom he has attorned as his bailee, undertaking to hold the goods for him. » Voir également Chitty, *op. cit.*, II, par. 153.

212. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 386-399, pp. 351-364, qui le dénomme également *estoppel by « encouragement »*, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 14, par. 1177-1180, pp. 638-640, et vol. 15, par. 449, pp. 241-242. Pour sa part, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, lui consacre un chapitre spécial (Chapter XII, par. 272-289, pp. 261-282), faisant observer (par. 272, p. 261, notes omises) : « Encouragement or acquiescence may provide a foundation for estoppels in an interesting variety of circumstances. In the first edition of this work it was treated simply as an example of the general doctrine of estoppel by representation, no distinction being made between this manifestation of the principle of estoppel and any other. It is difficult, however, to maintain this attitude in its entirety ; as will presently be seen, it will be submitted in this chapter that in at least two important respects estoppels arising from encouragement or acquiescence may be regarded as different from some others. The first is the degree of actual knowledge which must be possessed by the party to be bound ; the second is the use which may be made of the doctrine of acquiescence to found a cause of action », mais admettant (*loc. cit.* : « The differences which distinguish estoppels arising

face à la violation de l'un de ses droits²¹³, cet *estoppel* vise la situation où A, titulaire d'un droit quelconque (un droit de propriété par exemple) que B est en train de violer, ou sur le point de violer, en croyant par erreur ne commettre aucune violation, s'abstient de protester ou se conduit de telle sorte — en toute connaissance de la croyance erronée de B — que B, encouragé dans son erreur, est amené à modifier sa position à son préjudice sur la foi de cet acquiescement. A est *estopped* de venir affirmer son droit à l'encontre de B ou de contester le droit de B dans le litige qui l'oppose à lui²¹⁴.

e) Autres domaines. Les auteurs donnent encore de nombreux exemples d'application de l'*estoppel by representation*, notamment : en matière d'effets négociables (effets de commerce, et connaissances)²¹⁵ ; s'agissant du lien juridique qui unit le titulaire d'un brevet d'invention (*owner of a patent for invention ou patentee*) au cessionnaire du droit d'usage de ce brevet (*licensee*)²¹⁶ ; dans le

from acquiescence from other estoppels, however, are not so marked, and this topic is therefore retained in Part II among the other manifestations of pure estoppel ; but it is to be remembered that estoppels arising from acquiescence are to be distinguished from some other estoppels in the respects mentioned above.»

213. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 14, par. 1177, p. 638.

214. *Ibid.*, par. 1179, p. 639, définit comme suit les éléments constitutifs de l'*estoppel by acquiescence* (notes omises) : « When A stands by while his right is being infringed by B, the following circumstances must as a general rule be present in order that the estoppel may be raised against A : (1) B must be mistaken as to his own legal rights ; if he is aware that he is infringing the rights of another, he takes the risk of those rights being asserted ; (2) B must expend money, or do some act, on the faith of his mistaken belief ; otherwise, he does not suffer by A's subsequent assertion of his rights ; (3) acquiescence is founded on conduct with a knowledge of one's legal rights, and hence A must know of his own rights ; (4) A must know of B's mistaken belief ; with that knowledge it is inequitable for him to keep silence and allow B to proceed on his mistake ; (5) A must encourage B in his expenditure of money or other act, either directly or by abstaining from asserting his legal right. »

215. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 316-347, pp. 295-318, qui intitule ces sections *Estoppel by Representations in Negotiable (Money) Instruments* et *Estoppel by Representation in Bills of Lading*, Dargent, *op. cit.*, pp. 219-221, qui note (p. 219) : « C'est un aspect récent de la doctrine de l'*Estoppel*, né de la progression des relations économiques et commerciales, et dont les particularités nous sont livrées par les 'Bills of Exchange Act' de 1882 en ce qui concerne les effets de commerce proprement dits, et par les 'Bills of Lading Act' de 1855 pour ce qui est des connaissements auxquels est attaché le caractère de négociabilité », Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 245-264, pp. 237-257, qui introduit ces deux sections — intitulées respectivement *Estoppels relating to Bills of Exchange* et *Estoppels relating to Representations in Bills of Lading* — dans son Chapitre XI, intitulé *Statutory Estoppel*.

216. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 305-315, pp. 291-295, qui intitule cette section *Estoppel by Representations as to Patents for Inventions* et souligne (par. 305, p. 291) l'analogie de cet *estoppel* avec l'*estoppel between landlord and tenant* (voir *supra*, par. 25, al. c), p. 46), *Halsbury's Laws of England*, (3^e éd.), vol. 15, par. 472, p. 256, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 199-203, pp. 194-197.

droit des sociétés ²¹⁷ ; en droit des contrats ²¹⁸ ; en matière de faillite ²¹⁹.

217. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 348-359, pp. 318-329, qui intitule cette section *Estoppel by Representations contained in, or implied from conduct in relation to, Certificates or Transfers of Shares in Companies, and other Corporate Instruments*, Halsbury's Laws of England (3^e éd.), vol. 15, par. 466-471, pp. 254-256, sous *Companies and Holders of Certificates*, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 211-222, pp. 201-214, sous *Estoppels arising in Transactions relating to Companies*.

218. Cf. notamment Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 400-408, pp. 364-373, Chitty, *op. cit.*, II, par. 847, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 232-238, pp. 220-227, pour les contrats d'assurance ; Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 409-410, pp. 374-375, pour les contrats de cautionnement (*contracts of surety ship*) ; Chitty, *op. cit.*, II, par. 486, pour les contrats de transport ; Dargent, *op. cit.*, pp. 221-224, en ce qui concerne l'erreur dans les contrats.

219. Cf. Spencer Bower, *Estoppel by Representation*, par. 417-422, pp. 378-382, Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 239-241, pp. 227-230.

CHAPITRE III

L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA ²²⁰

Section I

DÉFINITION, NATURE JURIDIQUE ET EFFETS DE L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA

26. Définition. — Trouvant son expression, tout comme la doctrine continentale de l'autorité de la chose jugée, dans les maximes juridiques *Res judicata pro veritate habetur, Interest rei publicae*

220. Ainsi qu'indiqué *supra*, p. 13, note 33, certains auteurs contemporains, conservant la terminologie classique, dénomment *estoppel by record* cette forme de l'*estoppel*. C'est notamment le cas pour *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 346-401, pp. 176-214, qui précise cependant (par. 346, p. 176, notes omises) : « A number of matters are enumerated by lord Coke as matters of record giving rise to an estoppel, including, among others which are obsolete, letters patent, pleadings, and warrants of attorney ; but for the present purposes that which appears on the records of courts of law need alone be considered » ; cet auteur parle d'*estoppel quasi of record*, par. 396-401, pp. 212-214) pour les jugements qui ne sont pas rendus par les *courts of record*, auxquels — comme on le verra ci-dessous, par. 30, al. a, p. 55 — la théorie de l'*estoppel by res judicata* a été étendue. Pollock et Maitland, *op. cit.*, p. 95 et ss., et Dargent, *op. cit.*, pp. 21 et 29, indiquent que l'influence du droit romain, qui s'est manifestée fort tôt dans le droit anglais, explique cet emprunt terminologique. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 10, pp. 5-6, observe (notes omises) : « It is the *res judicata*, not the record of it, which creates the estoppel. ... Accordingly ... the expression 'estoppel by matter of record' or (more shortly) 'estoppel by record' will be avoided. The term, as applied by Coke and the other Elizabethan jurists, did undoubtedly reflect the views then obtaining as to the characteristics and limits of this class of estoppel. At a time when it was considered a sacrilege to question the inviolable 'credit and verity' of a judicial *record*, rather than an injustice and scandal to impeach and re-agitate a judicial *decision*, the phrase was natural and appropriate enough. But, now that the latter aspect of the question has gradually, but utterly, and completely, superseded and obliterated the former, the retention of the expression has become a ridiculous and archaic survival. » Voir également Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 6, pp. 2-4, qui se prononce à ce sujet dans le même sens que la première édition, mais qui, tenant compte de certains développements jurisprudentiels, a une conception de l'*estoppel by res judicata* (qu'il dénomme toujours *estoppel per rem judicatam*) différente, sur certains points, de celle présentée dans la première édition ; du point de vue terminologique, il tient à préciser (note 3, pp. 3-4) : « In this work 'estoppel per rem judicatam' is used to include all cases of estoppel precluding the contradiction of matters previously determined between the parties. These include (a) cases where it is sought to challenge the decision itself, and this is precluded by estoppel ('cause of action estoppel'), and (b)

ut sit finis litium et *Nemo bis vexari pro una et eadem causa*²²¹, l'estoppel *by res judicata* apparaît, dans les conditions et selon les modalités fixées par le droit²²², comme l'interdiction faite à une personne de contredire ou de contester en justice un point de fait ou de droit précédemment tranché par une décision judiciaire²²³. Au sens le plus large, la règle de l'estoppel *by res judicata* opère donc de façon à empêcher une Partie d'aller à l'encontre d'un jugement antérieur, mais le droit anglais s'est attaché à en délimiter strictement la portée et les effets et à en établir de façon précise les éléments constitutifs²²⁴. On peut en donner la définition suivante, inspirée des auteurs et de certains *dicta* de juges²²⁵ : lorsqu'un tribunal anglais — ou, à certains exceptions près, un tribunal étranger²²⁶ — compétent *ratione materiae* et *ratione personae* a rendu une décision judiciaire définitive, toute Partie à la décision est empêchée par *estoppel* de

cases where, though the decision in the previous proceedings is not challenged, some issue forming an essential constituent of it is. The principle which precludes the latter type of challenge is in this work called 'issue estoppel'. » La présente étude, qui ne vise qu'à donner un aperçu général de la théorie de l'estoppel *by res judicata* en droit anglais, ne juge pas nécessaire d'entrer dans le détail de ces considérations ; il paraît néanmoins utile de citer la définition du *cause of action estoppel* avancée par Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 190, p. 149 (note omise) : « The term 'cause of action estoppel', ... signifies the estoppel which arises between parties by reason of a judgment given in favour of one and against the other with respect to the cause of action set up in the first proceedings. It is the simplest estoppel *per rem judicatam*; *res judicata* in its most essential form. Its operation prevents a party to an action from asserting or denying as against the other party the existence of a cause of action the non-existence or existence of which has been determined by a court of competent jurisdiction in previous litigation between the same parties or their privies. The very existence of the cause of action in the second proceeding has in such a case actually been the subject of a precise adjudication between the parties or their privies in the first proceeding, and it must be taken to have been decided. Yea or Nay, once and for all. *Interest rei publicae sit finis litium* », et celle de l'issue estoppel, donnée par *Halsbury's Laws of England*, *Third Edition Cumulative Supplement* 1975, vol. 15, par. 355A, p. 30 (notes omises) : « Although a comparatively new phrase issue estoppel has for long been recognised as a form of estoppel *per rem judicatam*. As opposed to action estoppel issue estoppel arises where some issue between the same parties was incidental to a decision in a former action. The requirement of issue estoppel are (1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final, and (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies ».

221. Cf. H. Broom, *A Selection of Legal Maxims* (9^e éd. par J.W. Byrne ; Londres : Sweet & Maxwell Ltd., 1924), p. 225, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 347, p. 177, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 10, pp. 10-11.

222. Conditions et modalités examinées *infra*, Sections II et III, par. 28-33, pp. 52-60.

223. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 23, p. 17, Dargent *op. cit.*, p. 33, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 30, p. 29, et par. 212, pp. 182-183.

224. Cf. *infra*, Section II, par. 28-32, pp. 52-59.

225. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 6, p. 3, et Dargent, *op. cit.*, p. 29 et ss., qui donne le résumé détaillé d'une célèbre affaire — connue sous le nom de *Duchess of Kingston's Case* (1776), 2 *Smith's Leading Cases* (13^e éd.), 644 — à l'occasion de laquelle le principe de l'estoppel *by res judicata* fut défini avec précision (à la page 645, par De Grey, C.J.). Voir également *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 336, pp. 168-169, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 9, pp. 9-10.

226. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 7, par. 296, p. 165, et vol. 15, par. 401, p. 214.

226. Cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 7, par. 296, p. 165, et vol. 15, par. 401, p. 214.

contester ou de remettre en question l'un des points fondamentaux (*merits*) de celle-ci dans tout litige ultérieur portant sur le même objet, à l'encontre de toute autre Partie à cette décision, et, dans le cas des jugements *in rem*²²⁷, toute personne quelle qu'elle soit à l'encontre de toute autre personne.

27. Nature juridique et effets. — Aux fins de l'estoppel by *res judicata*, il y a lieu d'établir une distinction entre la partie opérative ou coercitive de la décision judiciaire (*the jussive or prohibitive part of the judgment*), qui comporte l'octroi d'une réparation ou d'une condamnation pour une cause d'action donnée, et la partie déclarative (*the proposition of law or finding of fact expressly declared by or involved in the judgment*), qui comprend les points de fait et de droit qui constituent le fondement même de la décision et en forment le soutien nécessaire²²⁸. L'autorité de la chose jugée s'étend à chacune de ces deux parties, mais de manière différente pour l'une ou pour l'autre, et l'estoppel by *res judicata* n'intervient que pour la partie déclarative. Pour la partie opérative du jugement, en effet, c'est par le jeu d'une exception appelée *plea of former recovery* ou *bar to subsequent proceedings* qu'une personne à l'égard de laquelle un tribunal compétent a rendu une décision définitive se verra empêchée d'ouvrir, devant tout tribunal anglais, une seconde action — au civil ou au criminel — portant sur le même objet pour la même cause d'action²²⁹ : cela s'explique techniquement par le fait que l'action qui a permis l'octroi du remède accordé par la partie opérative du jugement est considérée comme absorbée (*merged*) par le jugement, dont il résulte un droit plus fort²³⁰. Ce *plea* ou *bar* par lequel on s'oppose à ce que soit rouvert un procès déjà jugé ne se situe donc pas sur le même terrain que l'estoppel by *res judicata*, règle sur les preuves admissibles, dont l'effet est d'interdire aux Parties à un jugement définitif, ou à leurs ayants cause, de contester les points de fait et de droit établis par le tribunal dans la partie déclarative de ce jugement²³¹. Rien ne peut être prouvé contre les

227. Les jugements *in dem* sont définis *infra*, par. 32, al. a, p. 57.

228. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 294-295, p. 175, Dargent, *op. cit.*, p. 34, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 422-423, pp. 355-356.

229. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 295, p. 175, et Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 423, p. 355, indiquent que cette exception est dénommée *former recovery* en matière civile et « autrefois convict » en matière pénale.

230. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 363, p. 188, explique en quoi cette exception se distingue de l'estoppel by *res judicata* (ou — pour reprendre la terminologie qu'il utilise — de l'estoppel by record) : « The defence of 'judgment recovered', arising as it does out of *res judicata*, has much in common with estoppel by record, though it is not founded upon it. A plaintiff who has once sued a defendant to judgment cannot, while the judgment stands, although unsatisfied, sue him again for the same cause, not because he is estopped from doing so (though he, as well as the defendant, is estopped from averring anything contrary to the record), but because the cause of action is merged in the judgment, which creates an obligation of a higher nature » (notes omises).

231. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 294, p. 175 : « *Res judicata* has a twofold operation. Not only does it estop the parties from afterwards controverting any question or issue thereby decided, but it also bars the party who has

termes de cette partie déclarative, qui, œuvre de juge, sont présumés présenter un caractère de vérité irréfragable, les termes de la partie opérative restant quant à eux, pour les raisons susmentionnées, en dehors du champ d'application de l'*estoppel by res judicata*, à moins qu'ils ne soient nécessaires à la détermination de telle question de fait ou de droit. Contrairement au *plea of former recovery* ou au *bar to subsequent proceedings*, l'*estoppel by res judicata* n'exige pas, pour se produire, qu'il y ait identité de causes d'action ²³².

Section II

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA

28. Observations générales. — Tout comme l'*estoppel by representation* ²³³, l'*estoppel by res judicata* n'aura d'effet que si certaines conditions essentielles sont réunies ²³⁴. La Partie qui recourt à ce moyen devra démontrer : A) que la décision judiciaire sur laquelle

obtained relief thereby from subsequently receiving the same relief against the same party. » En matière pénale, on n'utilise pas l'expression *estoppel by res judicata*, mais on parle de *plea of autrefois convict*, fin de non-recevoir qui — comme l'indiquent Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 48-52, pp 35-37, Dargent, op. cit., pp. 52-54, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 65, p. 66 — correspond exactement, dans sa mise en œuvre comme dans ses effets, à l'*estoppel by res judicata* que l'on rencontre en matière civile.

232. Dargent, op. cit., p. 35, illustre la différence entre le *bar* et l'*estoppel* par l'exemple suivant : « Si nous supposons ... qu'un jugement a été rendu ordonnant à un voleur X... de me restituer une voiture automobile dont je suis devenu propriétaire, je serai 'barred' de redemander en justice la restitution de la même voiture à raison du même vol ; mais supposons qu'à peine cette voiture m'est-elle rendue, j'écrase avec elle un passant dans la rue : dans l'action en dommages et intérêts intentée contre moi par la victime ou ses représentants pour une cause manifestement nouvelle, je pourrai être 'estopped' de contester ma qualité de propriétaire de la voiture, ce point, parmi d'autres, ayant fait l'objet du jugement cité plus haut ». Comme on le verra *infra*, par. 32, al. c, p. 57, l'exemple donné par cet auteur se réfère à un jugement *in rem*. S'agissant des jugements *in personam* ou *inter partes* (cf. *infra*, par. 32, al. b, p. 57), la distinction entre le *bar* et l'*estoppel* est expliquée comme suit par *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 355, pp. 182-183 (notes omises) : « If ... a matter in issue is determined with certainty by the judgment, an estoppel may arise where a plea of *res judicata* could never be established, as where the same cause of action has never been put in suit. A party is precluded from contending the contrary of any precise point which, having been once distinctly put in issue, has been solemnly found against him. Though the objects of the first and second actions are different, the finding on a matter which came directly (not collaterally or incidentally) in issue in the first action is conclusive in a second action between the same parties and their privies. This principle applies, whether the point involved in the earlier decision, and as to which the parties are estopped, is one of fact, or one of law, or one of mixed law and fact. »

233. Cf. *supra*, Chapitre II, Section II, par. 8-12, pp. 19-29.

234. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 13, pp. 8-9, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 19, pp. 18-19.

elle fonde l'*estoppel* qu'elle allègue était une décision définitive sur le fond du litige ; B) que cette décision a été rendue par une juridiction compétente *ratione materiae* et *ratione personae* ; C) que cette décision a tranché la question même que l'autre Partie cherche à contredire ou à contester dans la nouvelle instance (identité d'objet dans les deux instances) ; D) que les Parties à cette décision étaient, s'agissant d'un jugement *in personam* ou *inter partes*²³⁵, les mêmes que celles qui prennent part à la nouvelle instance (identité des Parties dans les deux instances pour les jugements *in personam* ou *inter partes*).

29. A) Existence d'une décision judiciaire définitive sur le fond du litige.

a) Preuve de l'existence d'une décision judiciaire²³⁶. Les décisions judiciaires anglaises étant, de façon générale, consignées dans des *records*²³⁷, dossiers des tribunaux, c'est donc au moyen du *record*, ou de sa copie authentique, qu'une Partie doit apporter la preuve de l'existence et du contenu du jugement sur lequel elle fonde l'*estoppel by res judicata* qu'elle allègue. Pour les décisions étrangères, la preuve en sera faite de la même façon, par la production d'une copie authentique et certifiée conforme²³⁸.

b) Les décisions judiciaires prises en considération aux fins de l'*estoppel by res judicata*²³⁹. Comme l'effet de l'*estoppel by res judicata* s'attache à la partie déclarative du jugement, toute détermination d'un point de fait ou de droit par un tribunal constitue une décision judiciaire susceptible d'entraîner un tel effet, que cette détermination ait pris la forme d'un jugement déclaratoire²⁴⁰ ou qu'elle soit le soutien d'un ordre de faire ou de ne pas faire formant la partie opérative du jugement. Les jugements par défaut (*judgments by*

235. Les jugements *in personam* ou *inter partes* sont définis *infra*, par. 32, al. a, pp. 56-57.

236. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 84-96, pp. 59-63, Dargent, *op. cit.*, pp. 39-41, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 100-112, pp. 87-91.

237. Aglion, *op. cit.*, p. 203 (sous *Record*), donne la définition suivante de ce type de *record* : « ...dossier du tribunal, où sont enregistrés tous les actes de procédure d'un procès, y compris les procès-verbaux d'audience, et qui fait foi de leur authenticité ».

238. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 96, pp. 62-63, Dargent, *op. cit.*, p. 41, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 401, p. 214, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 112, p. 91.

239. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 23-26, pp. 17-19, et par. 173-175, pp. 113-115, Dargent, *op. cit.*, pp. 40-42, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 348, pp. 177-178, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 30-33, pp. 29-32. Ces auteurs examinent également, dans ce contexte, la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'effet de l'*estoppel by res judicata* s'attache aux *obiter dicta* des juges, aux *pleadings*, au verdict du jury, ou à une *transaction* qui n'a pas été sanctionnée par un jugement.

240. Sur les *declaratory judgments*, cf. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 22, par. 1610-1611, pp. 746-751.

default)²⁴¹, à moins qu'ils ne portent sur le simple fait du défaut, et les jugements d'accord ou d'expédient (*judgments by consent*)²⁴², par lesquels le juge entend consacrer un accord intervenu entre les Parties, sont des décisions judiciaires auxquelles s'attache, en principe, l'effet de l'*estoppel by res judicata*. Les jugements de débouté et les décisions de rejet (*dismissals of actions or motions*)²⁴³ sont, eux aussi, susceptibles de donner lieu à l'*estoppel by res judicata*, dans la mesure où ils impliquent la détermination d'une question de fait ou de droit. Quant aux décisions d'appel (*appellate decisions*)²⁴⁴, elles se substituent entièrement aux décisions des instances inférieures, qui perdent dès lors toute autorité de la chose jugée.

c) La décision judiciaire doit être définitive et porter sur le fond du litige (*final judgment*)²⁴⁵. L'expression *final judgment* s'entend d'une décision qui remplit les conditions suivantes : elle est définitive, par opposition à une décision avant-dire droit ou interlocutoire²⁴⁶ ; ses termes sont précis et ne présentent aucune ambiguïté quant à l'étendue des droits et des obligations respectifs des Parties ou à l'exécution du jugement²⁴⁷ ; elle n'est pas susceptible d'être révisée par le tribunal même qui l'a rendue²⁴⁸ ; elle porte sur le fond du litige²⁴⁹.

241. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 38-40, pp. 26-28, Dargent, *op. cit.*, pp. 47-48, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 349, p. 178, et par. 389, p. 208, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 46-57, pp. 42-50.

242. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 33-37, pp. 23-26, Dargent, *op. cit.*, pp. 48-50, *Halsbury's Laws of England*, loc. cit., Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 41-45, pp. 37-41.

243. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 41-44, pp. 28-34, Dargent, *op. cit.*, pp. 50-51, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 58-61, pp. 51-58, qui indique certains développements législatifs concernant le writ of *habeas corpus*.

244. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 45-47, pp. 34-35, Dargent, *op. cit.*, pp. 51-52, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 62-64, pp. 58-60.

245. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 141-157, pp. 91-101, Dargent, *op. cit.*, pp. 42-60, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 347, p. 177, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 163-183, pp. 131-145.

246. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 143-144, pp. 92-93, Dargent, *op. cit.*, p. 44, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 393, pp. 210-211, et vol. 22, par. 1606-1609, pp. 742-746, sous la rubrique *Finale and Interlocutory Judgments*, où il précise notamment (par. 1608, p. 744) : « An order which does not deal either with the final rights of the parties, but either (1) is made before judgment, and gives no final decision on the matters in dispute, but is merely a matter of procedure, or (2) is made after judgment, and merely directs how the declarations of right already given in the final judgment are to be worked out, is termed 'interlocutory'. », Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 165-166, pp. 132-134.

247. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 148, pp. 95-96, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 171, pp. 137-138.

248. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 149-153, pp. 96-100, Dargent, *op. cit.*, p. 45, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 172-173, pp. 138-139.

249. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 27-32, pp. 19-23, et Dargent, *op. cit.*, pp. 46-47, indiquent notamment qu'un désistement d'action ou d'instance (*discontinuance*) ne vient en rien préjuger du fond de l'affaire et n'emporte donc pas, en principe, l'effet de l'*estoppel by res judicata*. Dargent se pose cependant la question de savoir si l'on ne pourrait pas admettre un *estoppel by res judicata* dans le cas où la Partie qui se désiste le fait de manière à indiquer de façon certaine son intention de renoncer définitivement à son droit d'action. Voir aussi Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 32-40, pp. 30-37.

30. B) Décision judiciaire rendue par une juridiction compétente *ratione materiae* et *ratione personae*.

a) La notion de juridiction (*judicial tribunal*)²⁵⁰. Comme on l'a vu dans l'aperçu historique²⁵¹, l'*estoppel by record* fit place peu à peu — sous l'influence des Cours d'*Equity* et en raison de l'accent mis sur le contenu du *record* plutôt que sur sa forme — à un *estoppel* plus général, communément désigné sous le nom d'*estoppel by res judicata*. Il est dès lors sans importance que le tribunal qui a rendu la décision soit une *court of record* ou une *court not of record*²⁵², et il n'y a plus lieu d'établir à cet égard une distinction entre les tribunaux supérieurs (*superior courts*) et les tribunaux inférieurs (*inferior courts*), non plus qu'entre les tribunaux civils et criminels, nationaux et — à quelques exceptions près²⁵³ — étrangers. En règle générale, toute personne ou tout corps de personnes légalement investi d'un pouvoir judiciaire est considéré comme une juridiction dont les décisions ont autorité de la chose jugée et peuvent emporter, par conséquent, l'effet de l'*estoppel by res judicata*²⁵⁴.

b) Preuve de la compétence de la juridiction²⁵⁵. Seule une décision rendue par une juridiction compétente *ratione materiae* et *ratione personae* bénéficie de l'autorité de la chose jugée, et le fardeau de cette preuve dépend de la catégorie à laquelle appartient la juridiction dont la décision est invoquée²⁵⁶ : alors que la décision d'un tribunal supérieur est présumée valable jusqu'à preuve du contraire²⁵⁷, il en va différemment de celle d'un tribunal inférieur, dont la régularité doit être prouvée par la Partie qui l'invoque²⁵⁸.

250. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 15-22, pp. 10-17, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 22-29, pp. 20-29.

251. *Supra*, par. 3, al. a, p. 12.

252. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 15, pp. 10-11, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 22, pp. 20-21.

253. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 59-65, pp. 42-47, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 71-76, pp. 66-73. Voir aussi *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 7, par. 296, p. 165.

254. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 15-22, pp. 10-17, Dargent, *op. cit.*, pp. 62-63, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 22-29, pp. 20-29, donnent la liste complète des juridictions anglaises aux décisions desquelles s'attache l'effet de la chose jugée.

255. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 97-140, pp. 64-90, Dargent, *op. cit.*, pp. 63-67, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 384, pp. 204-205, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 113-162, pp. 92-130.

256. David, *op. cit.*, pp. 126-140, indique la hiérarchie des juridictions en Angleterre et donne des précisions sur la distinction établie entre Cours supérieures et Cours inférieures. Voir également Dargent, *op. cit.*, pp. 63-65. Quant au fardeau de la preuve relative à la compétence des tribunaux étrangers, voir Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 117-140, pp. 79-90, Dargent, *op. cit.*, pp. 65-67, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 137-162, pp. 111-130, qui, tenant compte de certains développements législatifs, adopte une position différente de celle des deux auteurs précités.

257. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 100, pp. 64-65, et Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 117, p. 93, soulignent que la compétence des tribunaux supérieurs, dont tout juge anglais est censé connaître l'étendue et les limites, est générale dans leurs domaines respectifs.

258. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 101-116, pp. 66-79, Dargent, *op. cit.*, pp. 64-65, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 119-136, pp. 94-111.

31. C) Identité d'objet dans les deux instances²⁵⁹. — La Partie qui, en vue d'utiliser le moyen de l'*estoppel by res judicata* au cours d'un procès judiciaire, invoque une décision rendue par un tribunal compétent dans une instance antérieure, ne peut le faire que si la Partie adverse vient contester un point de fait (*issue of fact*) ou une question de droit (*question of law*) qui constitue précisément le point de fait établi ou la question de droit tranchée précédemment par le tribunal dont la décision est invoquée. Il doit exister une identité absolue d'objet (*identity of subject-matter*) dans les deux instances. Le droit anglais a établi sur ce point, tout comme le droit romain, une distinction entre l'objet matériel, à savoir la chose litigieuse elle-même (meuble, immeuble, acte juridique au sens formel, personne, etc.), et l'objet juridique, c'est-à-dire le point de fait ou la question de droit à résoudre (par exemple l'état mental d'une personne, la nullité d'un acte)²⁶⁰. La Partie qui recourt à l'*estoppel by res judicata* doit démontrer l'identité d'objet dans les deux instances, tant du point de vue matériel (*idem corpus, eadem quantitas*) que juridique (*eadem quaestio, idem jus*)²⁶¹.

32. D) Identité des Parties dans les deux instances pour les jugements *in personam* (ou *inter partes*), et non pour les jugements *in rem*²⁶².

a) La distinction entre jugements *in personam* et jugements *in rem*. Le droit anglais distingue deux types de décisions judiciaires : les unes — habituellement dénommées jugements *in personam* ou jugements *inter partes* — visent à déterminer les droits et obligations respectifs des Parties à l'instance et ne lient par conséquent

259. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 176-191, pp. 115-124, qui intitule cette rubrique *Identity of Subject-Matter*, Dargent, *op. cit.*, pp. 68-71, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 184-185, pp. 146-147, et par. 206-209, pp. 172-179.

260. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 178, pp. 115-116, et Appendix D (*The Doctrine of Res Judicata in Roman Law*), par. 378-380, pp. 219-220 ; Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 206-207, pp. 172-174, qui ne partage pas entièrement les vues de l'auteur de la première édition sur ce point, souligne notamment (par. 206, p. 172) : « It is the view of the author of this edition that the two questions which seemed to Mr. Spencer Bower to be separate are now better regarded as only one — viz : Is the question to be decided in the second proceedings the same as was contested in the first ? If it is not, then there can be no estoppel ». Dargent, *op. cit.*, pp. 69-70, indique qu'il ne faut pas confondre l'objet juridique du litige et la cause qui constitue le fondement direct de l'action par laquelle la demanderesse introduit le procès, et il rappelle qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de l'*estoppel by res judicata*, qu'il y ait identité des causes d'action ; voir cependant la distinction établie par Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 189-192, pp. 148-151, entre *cause of action estoppel* et *issue estoppel* (distinction examinée *supra*, note 220, pp. 49 *in fine* - 50).

261. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 159-175, pp. 102-115, Dargent, *op. cit.*, pp. 71-75, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 186-205, pp. 147-172, et par. 209-223, pp. 179-197, examinent de façon détaillée les principes régissant la détermination de l'objet et la preuve de l'identité d'objet dans les deux instances.

262. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, Chapter VII, par. 192-250A, pp. 125-152, Dargent, *op. cit.*, pp. 78-86, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 350-356, pp. 178-184, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, Chapters VII et VIII, par. 224-288, pp. 198-236.

que celles-ci, en restant sans effet à l'égard des tiers, tandis que les autres — généralement appelées « jugements *in rem* »²⁶³ — ont pour but principal de fixer le statut d'une personne ou d'une chose et s'imposent donc à tous²⁶⁴.

b) Les jugements *in personam* et le principe de l'identité des Parties dans les deux instances. Celui qui, recourant à l'*estoppel by res judicata* au cours d'un procès judiciaire, se fonde sur un jugement *in personam* rendu précédemment par un tribunal compétent, doit établir que les Parties, ou leurs ayants cause, incarnent la même personne juridique dans les deux instances successives²⁶⁵. Il est indifférent qu'une personne, demanderesse dans la première instance, soit défenderesse dans la seconde, pourvu qu'elle représente les mêmes intérêts juridiques dans les deux instances²⁶⁶.

c) L'identité des Parties dans les deux instances n'est pas exigée pour les jugements *in rem*. Par le fait même qu'ils déterminent, déclarent ou définissent la situation d'une personne ou d'une chose à l'égard du monde en général, les jugements *in rem* ont force de la chose jugée — dans les limites, bien entendu, des compétences juridictionnelles des tribunaux qui les ont rendus — vis-à-vis de tous²⁶⁷. Il en résulte que chacun peut se prévaloir en justice de l'*estoppel by res judicata* découlant d'une décision judiciaire *in rem*, ou être lié par lui, et que celui qui recourt à ce moyen n'a pas besoin d'établir

263. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 210, pp. 132-133, et Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 246, p. 213, critiquent cette terminologie, bien établie, et préféreraient que l'on parle de « jugements *inter omnes* ».

264. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 192, p. 125, Dargent, *op. cit.*, p. 77, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 350-354, pp. 178-181, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 224, p. 198.

265. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 197-204, pp. 126-130, et Dargent, *op. cit.*, pp. 77-78, considèrent — s'agissant des décisions judiciaires *in personam* — que l'expression « Partie » s'entend, aux fins de l'*estoppel by res judicata*, non seulement d'une personne désignée comme telle, mais aussi de toute personne — physique ou morale, individuelle ou collective, privée ou publique — qui fait acte de plaider à l'instance, qui y prend part après y avoir été régulièrement convoquée, ou qui, de son plein gré, intervient de quelque manière dans la procédure avec l'autorisation du tribunal, ou encore qui charge une autre personne de représenter ses intérêts en justice. Selon ces mêmes auteurs (respectivement aux par. 205-207, pp. 130-131, et à la page 79), l'expression « ayants cause » désigne toute personne qui succède aux droits et obligations d'une Partie pour cause de mort, de faillite, ou pour toute autre raison. Voir également *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 372-378, pp. 196-201, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 229-243, pp. 200-211. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 195, p. 126, examine également le cas particulier des décisions pénales, et, par. 196, p. 126, celui des décisions étrangères ; il en va de même pour Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, respectivement par. 227, p. 199, et par. 228, p. 200.

266. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 204, p. 130, Dargent, *op. cit.*, p. 79, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 239, p. 208.

267. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 212, p. 133, observe que « le monde », expression certes très vague, vise, dans le cas d'une décision *in rem* anglaise, toutes les personnes soumises à la juridiction des tribunaux anglais, et, dans certaines affaires revêtant un caractère pénal, tous les sujets de Sa Majesté. Voir aussi *Halsbury's Laws of England*, vol. 15, par. 366-371, pp. 191-196, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 248, p. 214.

l'identité des Parties dans les deux instances²⁶⁸. Il y a lieu d'examiner séparément 1° les décisions judiciaires anglaises qui déterminent le statut d'une personne et 2° celles qui déterminent le statut d'une chose²⁶⁹.

1° Décisions judiciaires anglaises déterminant le statut d'une personne.

C'est à différents points de vue — notamment dans le domaine matrimonial, financier, professionnel ou civique — qu'une décision judiciaire peut fixer le statut d'une personne, c'est-à-dire déterminer la situation juridique de cette personne vis-à-vis du monde²⁷⁰. Ainsi, les décisions relatives à la validité, à l'existence, à la nullité ou à l'annulation d'un mariage, les jugements déclaratifs de la faillite d'un individu, les décisions de non-lieu qui, rendues sur un *writ of habeas corpus*²⁷¹, établissent l'illégalité de l'arrestation et de la détention de l'intéressé et prononcent sa mise en liberté, ont automatiquement effet *erga omnes*²⁷².

2° Décisions judiciaires anglaises déterminant le statut d'une chose.

Les décisions judiciaires qui établissent le statut d'un objet corporel (*a thing in the physical sense*), soit qu'elles en déclarent ou qu'elles en modifient l'état, les qualités essentielles, la situa-

268. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 209-213, pp. 132-133, Dargent, *op. cit.*, p. 80, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 245-250, pp. 213-214.

269. Il conviendrait également, dans une étude plus détaillée, d'examiner la question de savoir dans quelle mesure, et sous quelles conditions, les décisions *in rem* étrangères qui déterminent le statut d'une personne ou d'une chose peuvent être invoquées devant une juridiction anglaise aux fins de l'*estoppel by res judicata*. Ce problème est analysé de manière approfondie par Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 229-236, pp. 142-144 (sous *Foreign Decisions which Determine the Status of a Person*) et par. 244-250A, pp. 148-152 (sous *Foreign Decisions which Determine the Status of a Thing*) et par Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 269-272, pp. 227-228, et par. 281-288, pp. 232-236. Voir aussi *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 401, p. 214.

270. Cf. Everest et Strode, *op. cit.*, pp. 76-116, Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 214-228, pp. 133-142, Dargent, *op. cit.*, pp. 81-85, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 352-353, pp. 179-181, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 251-268, pp. 215-227, et par. 273-280, pp. 229-232.

271. Cf. Aglion, *op. cit.*, p. 253 (sous *Writ of habeas corpus*): « ...ordonnance invitant le 'sheriff' ou toute autre personne ayant un détenu sous sa garde à l'amener devant le tribunal et à exposer les motifs de son arrestation, que le tribunal appréciera ».

272. Sur le caractère particulier que revêtent à cet égard les décisions rendues en matière pénale, cf. Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 265-268, pp. 221-227. Alors que Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 227, pp. 139-141, et Dargent, *op. cit.*, p. 83, pouvaient souligner que si le jugement pénal n'était pas une preuve irréfragable *erga omnes* de la culpabilité ou de l'innocence de l'intéressé, il valait néanmoins *erga omnes* comme preuve simple de ces faits (*prima facie evidence*), Spencer Bower et Turner, *loc. cit.*, a dû adopter sur ce point une position différente face à certains développements du droit : l'affaire *Hollington v. F. Hewthorn & Co., Ltd.*, (1943) K.B. 587, C.A., qui avait renversé cette règle en n'admettant même pas que ces faits constituent une *prima facie evidence* valable *erga omnes*, donna lieu à un débat qui aboutit — sur recommandations du *Fifteenth Report of the Law Reform Committee* (H.M.S.O., Londres, Cmnd. 3391) de 1967 — à des mesures législatives arrêtées dans le *Civil Evidence Act* — *Sections 11-13* de 1968.

tion, etc.²⁷³, entraînent leurs effets *erga omnes* parce qu'elles portent sur la chose elle-même, et non sur les droits et obligations respectifs des Parties quant à cette chose. Tel sera le cas, par exemple, d'un jugement concernant la légalité ou l'illégalité d'un impôt ou précisant le statut d'une route²⁷⁴.

Section III

MISE EN ŒUVRE DE L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA²⁷⁵

33. Procédure. — En raison même de sa nature juridique²⁷⁶, le moyen de l'*estoppel by res judicata* ne peut être utilisé qu'au cours du procès, au moment où une Partie conteste un point de fait ou de droit établi par un jugement antérieur.

Les *Judicature Acts* de 1873 et de 1875²⁷⁷ ont fait pratiquement disparaître le formalisme juridique qui caractérisait l'ancien système procédural, en vertu duquel l'*estoppel by res judicata* devait être invoqué selon une formule précise²⁷⁸, et les tribunaux paraissent indifférents quant à la phraséologie employée, admettant même que le mot *estoppel* ne soit pas mentionné, pourvu que la preuve complète des différents éléments constitutifs de ce moyen soit apportée²⁷⁹. Aujourd'hui comme autrefois, cependant, l'*estoppel by res judicata* doit être allégué au cours des *pleadings*²⁸⁰, dès que l'occasion s'en présente, c'est-à-dire dès que la Partie adverse avance une affirmation qui contredit l'objet d'une décision judiciaire antérieure²⁸¹. Lorsque la procédure intentée ne comporte pas de *pleadings*, ou que l'occasion d'invoquer l'*estoppel* ne se présente qu'à la clôture de ceux-ci, la Partie qui entend utiliser ce moyen doit le faire sitôt qu'elle en a la possibilité, c'est-à-dire, généralement, à l'audience²⁸². Une Partie qui, fondée à alléguer l'*estoppel by res judicata*, omet

273. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 237-243, pp. 145-148, Dargent, *op. cit.*, p. 85, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 273-280, pp. 229-232.

274. Spencer Bower, *loc. cit.*, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 352, pp. 179-180, et Spencer Bower et Turner, *loc. cit.*, donnent de nombreux exemples de jugements *in rem* déterminant le statut d'une chose.

275. Pour un examen complet de cette question, on peut consulter les volumes du *Halsbury's Laws of England* mentionnés *supra*, note 168, p. , et Everest et Strode, *op. cit.*, pp. 391-400, Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 275-293, pp. 166-174, Dargent, *op. cit.*, pp. 87-90, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 397-421, pp. 340-352.

276. Cf. *supra*, par. 27, pp. 51-52.

277. Cf. *supra*, note 171, p. 40.

278. Cf. *supra*, par. 17, pp. 39-41, et note 172, p. 40.

279. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 284, pp. 169-170, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 406, p. 344.

280. Sur le sens de cette expression, cf. *supra*, par. 26, pp. 49-51, et note 173, p. 40.

281. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 277, pp. 166-167, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 399, pp. 340-341.

282. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 290-293, pp. 173-174, Dargent, *op. cit.*, p. 89, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 416-420, pp. 350-351.

de le faire en temps voulu, est déchu du droit d'y recourir dans une phase ultérieure de la procédure²⁸³.

Section IV

FINIS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA²⁸⁴

34. Remarques introductives. — Si une Partie ne parvient pas à établir l'un des éléments constitutifs de l'*estoppel by res judicata* qu'elle invoque, il va de soi que cet *estoppel* restera sans effet. Si, en revanche, elle réussit à démontrer qu'il remplit toutes ses conditions d'application, la Partie à l'encontre de laquelle il est allégué pourra, le cas échéant, en éluder l'effet en lui opposant certaines fins de non-recevoir que l'on peut, avec certains auteurs²⁸⁵, classer en deux catégories : A) la *fraud* et la *collusion* ; B) l'existence d'un *cross-estoppel*.

283. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 269, p. 161, par. 276, p. 166, et par. 291, p. 173, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 386, p. 332, par. 398, p. 340, et par. 417, p. 350.

284. Spencer Bower, *Res Judicata*, Chapitre VIII, par. 251-274, pp. 153-165, et Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, Chapitre XIII, par. 369-396, pp. 322-339, intitulent ce chapitre *Affirmative Answers to a Prima Facie Case of Estoppel Per Rem Judicatam*. Dargent, *op. cit.*, p. 90, parle ici de « fins de non-recevoir » opposables à l'*estoppel by res judicata*. On pourrait également parler d'« exceptions de nullité opposables à l'*estoppel by res judicata* ». Voir aussi les indications terminologiques et bibliographiques données à ce sujet *supra*, note 178, p. 41.

285. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 251, p. 153 et Dargent, *loc. cit.* Il est à signaler que Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 369, p. 322, ajoute encore deux catégories principales — qu'il dénomme respectivement *contract* et *public policy* — à celles mentionnées par ces auteurs : s'agissant de la fin de non-recevoir basée sur le *contract*, il reprend intégralement un passage que la première édition avait placé (par. 270, pp. 161-162) dans la section relative au *cross-estoppel*, et il avance (par. 387, p. 332, note omise) : « It is scarcely necessary to add that, if a party can by conduct or inaction estop himself from setting up estoppel *per rem judicatam*, an express contract to disregard any judicial decision which may be given on a specified point affords, *a fortiori*, a complete affirmative answer to an estoppel based upon such decision » ; en ce qui concerne la fin de non-recevoir que la Partie à l'encontre de laquelle l'*estoppel by res judicata* est allégué peut fonder sur l'ordre public ou sur l'illégalité (voir les indications données à ce propos *supra*, par. 22, p. 43) il souligne (par. 368, p. 332, note omise) : « In the first edition of this work the opinion was expressed that 'public policy, so potent a factor in defeating any estoppel by representation the allowance of which would result in the violation of some principle of statutory or common law affecting the community, and not the parties only, has ... little or no importance in cases of estoppel by *res judicata*'. This view cannot be supported in the light of more recent authority, and it may now be asserted with confidence that considerations of illegality and public policy may avail to prevent an estoppel *per rem judicatam* from legislating that which a statute has declared illegal or which it is the policy of the law positively to prohibit », et (par. 389, p. 333, notes omises) : « It has seemed for some time to some Judges, that these principles should not be confined to estoppels by representation, and that there may be cases in which the same principles should apply to estoppels *per rem judicatam*. This argument has in recent years begun to find its place in the decisions of the Courts ; and it has begun to be clear at the most acceptable modern view that the same principles which will destroy a plea of estoppel *in pais* may now be applicable as regards a plea of estoppel *per rem judicatam* ».

35. A) *Fraud et collusion* ²⁸⁶.

a) Le jugement est entaché de *fraud*. Un jugement entaché de *fraud*, qu'il soit *in personam* ou *in rem*, et même s'il a été rendu par la Chambre des Lords, c'est-à-dire par l'instance suprême, est radicalement nul et ne saurait donc entraîner l'effet de l'*estoppel by res judica* ²⁸⁷. La *fraud* peut avoir été le fait de l'une des Parties à la décision judiciaire, mais aussi du tribunal même qui a rendu cette décision ²⁸⁸.

b) Le jugement résulte d'une *collusion*. Il y a *collusion* lorsque deux ou plusieurs personnes, par entente secrète, simulent un différend entre elles en vue d'obtenir une décision judiciaire et de nuire par là à un tiers ²⁸⁹. L'effet de la *collusion*, si elle est prouvée, est, tout comme celui de la *fraud*, de rendre nulle, de nullité absolue, et sans qu'il soit nécessaire d'intenter au préalable une action en nullité, la décision judiciaire invoquée, dont aucun *estoppel by res judicata* ne saurait dès lors découler ²⁹⁰.

36. B) Existence d'un *cross-estoppel* ²⁹¹. — Ainsi qu'indiqué ci-dessus à propos des fins de non-recevoir opposables à l'*estoppel by representation* ²⁹², une situation de *cross-estoppel* peut se présenter si la Partie qui allègue un *estoppel* est prétendue *estopped* à son tour, Par la Partie adverse, de recourir à ce moyen. Il en résulte qu'aucun de ces deux *estoppels* n'est pris en considération, qu'ils s'annulent mutuellement. En ce qui concerne l'*estoppel by res judicata*, une

286. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 252-265, pp. 153-160, Dargent, *op. cit.*, pp. 90-91, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 383, pp. 203-204, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 370-382, pp. 322-330. On a indiqué *supra*, note 191, p. 43, le sens qu'il faut donner au mot *fraud* et les raisons pour lesquelles on le conserve non traduit dans la présente étude. De même, le mot *collusion* — qui s'entend, selon Aglion, *op. cit.*, p. 66 (sous *Collusion*), d'un « accord secret entre deux ou plusieurs personnes, dont les intérêts sont en apparence opposés, de se servir des moyens offerts par la loi, par exemple d'un procès, en vue de causer un dommage à un tiers » — ne saurait être traduit en français que par une périphrase; voir également les précisions données à ce sujet par Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 261, p. 157, Jowitt, *op. cit.*, vol. 1, p. 406 (sous *Collusion*), Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 378, pp. 327-328.

287. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 252-260, pp. 153-157, et Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 370-377, pp. 322-327. Ces auteurs font observer que cette règle vaut aussi bien pour les décisions judiciaires anglaises qu'étrangères, mais ils soulignent que les sentences arbitrales anglaises conservent, même entachées de *fraud*, l'effet de la chose jugée aussi longtemps qu'elles n'ont pas été annulées par une décision expresse. Voir aussi *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 383, pp. 203-204.

288. Dargent, *op. cit.*, p. 91, indique que tel serait le cas, par exemple, si un magistrat, appelé à juger sa propre cause, omettait de se récuser.

289. Cf. *supra*, note 286, p. 61.

290. Les observations présentées *supra*, note 287, p. 61, au sujet des sentences arbitrales anglaises entachées de *fraud* valent également — selon les auteurs mentionnés — pour les sentences qui résulteraient d'une *collusion*.

291. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 266-270, pp. 160-162, Dargent, *op. cit.*, pp. 91-92, *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 394, p. 211, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 383-386, pp. 331-332.

292. *Supra*, par. 23, p. 44.

telle situation — peu probable, pour les raisons techniques fort bien énoncées par certains auteurs²⁹³ — pourrait survenir si deux décisions judiciaires contradictoires avaient été rendues sur le même objet. Il est à vrai dire plus vraisemblable qu'un *cross-estoppel* se produise lorsqu'un *estoppel by res judicata* est mis en échec par un *estoppel by representation*²⁹⁴ : tel pourrait être le cas, par exemple, si une Partie omettait de faire valoir en temps utile l'*estoppel by res judicata* qu'elle était en droit d'invoquer²⁹⁵, laissant croire ainsi à son adversaire qu'elle renonçait à ce moyen, et décidait néanmoins d'y recourir dans une phase ultérieure de l'instance²⁹⁶.

293. Notamment par Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 267, pp. 160-161, et Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 384, p. 331, qui font observer que si une telle situation pourrait éventuellement se présenter dans le cas de deux jugements *in rem* contradictoires portant sur le statut d'une personne ou d'une chose, un jugement *in personam* ne saurait en aucune façon être contredit par un jugement subséquent. Voir également Halsbury's *Laws of England*, *loc. cit.*

294. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 268-270, pp. 161-162, Dargent, *op. cit.*, p. 92, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 385-386, pp. 331-332.

295. Cf. *supra*, par. 33, pp. 59-60.

296. Cf. Spencer Bower, *Res Judicata*, par. 269, p. 161, Dargent, *loc. cit.*, Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, par. 386, p. 332.

Deuxième Partie

RÉCEPTION DE L'INSTITUTION
DE L'ESTOPPEL
PAR
LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

INTRODUCTION

37. Données générales. — On peut raisonnablement attendre de tout ordre juridique qu'il considère avec défaveur les contradictions dans les déclarations, actes ou comportements successifs de l'un de ses sujets, et qu'il possède en particulier une règle visant à empêcher une Partie de revenir sur ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire, lorsqu'elle a par là même, quelle qu'ait été alors son intention réelle, clairement incité une autre Partie à agir, ou à s'abstenir d'agir, et qu'il en est résulté une modification dans leurs positions respectives¹.

A l'instar de divers systèmes de droit interne², le droit international public fut amené à déterminer, au nom de la nécessaire sécurité dans l'ordre international, les conditions dans lesquelles une Partie peut se voir opposer en pareille hypothèse l'un de ses actes antérieurs. Les conseillers juridiques des gouvernements, les avocats, les arbitres et les juges n'ont pas manqué de recourir à ce propos à des principes bien établis en droit interne et à les adapter aux relations interétatiques. Il appartient en effet aux particularités du droit des gens, comme l'a souligné Paul Guggenheim, « qu'il ne crée pas toujours lui-même, de manière autonome, les notions qui constituent ses règles mais se réfère souvent à des notions relevant d'une autre discipline juridique »³. Il apparaît cependant que, dans ce cas, le droit international ne s'incorpore généralement pas comme telle une technique juridique mais lui fait subir un certain nombre de modifications, voire de simplifications⁴.

Les juristes des pays de la *common law* n'ont pas hésité, lorsque interrogés sur les conséquences juridiques de prises de position d'un Etat incompatibles avec ses déclarations, actes ou attitudes antérieurs, à attirer l'attention sur la théorie de l'*estoppel by representation* (ou

1. Voir les remarques présentées à ce sujet par Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford : At the Clarendon Press, 1961, ci-après mentionné « McNair, *The Law of Treaties* »), p. 485, et par Charles De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public* (Paris : Pedone 1963, ci-après mentionné « Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire* »), pp. 180-181.

2. Voir les indications de droit comparé données *infra*, pp. 230-239.

3. Paul Guggenheim, *Traité de droit international public* (2^e éd.; Genève : Librairie de l'Université, Georg, 1967, ci-après mentionné « Guggenheim, *Traité* (2^e éd.) »), tome I, p. 79.

4. Cf. Jean-Paul Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international* (Paris : L.G.D.J., 1972), pp. 37-46.

estoppel by conduct), qui leur était familière⁵. Assez tôt les agents des Etats qui se trouvaient avoir avec les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne des rapports juridiques particulièrement étroits, et en premier lieu ceux des Etats d'Amérique centrale et latine, se sont également référés devant une situation de ce type à l'*estoppel eo nomine*, pourtant inconnu de leur propre système juridique⁶. Par la suite, des conseillers, des plaideurs, des arbitres et des juges dont la formation ne devait rien à l'école du droit anglo-américain ont aussi estimé utile, dans des affaires auxquelles aucun Etat de la *common law* n'était pourtant partie, de recourir à cette règle, considérant, en raison de la place importante qu'elle était en train de prendre dans la jurisprudence internationale, qu'elle leur permettait d'énoncer clairement l'exigence de la non-contradiction⁷.

Si l'on rencontre donc un fréquent appel sur le plan international à l'institution de l'*estoppel by representation*, désigné généralement sous le nom d'*estoppel* tout court, on ne trouve en revanche pratiquement aucune référence à l'institution de l'*estoppel by res judicata*, autre forme principale de la théorie de l'*estoppel* de la *common law*^{7 bis}.

On a indiqué dans la première Partie que l'*estoppel by representation* du droit anglais se définit principalement comme une règle procédurale se rapportant à l'admissibilité des preuves, encore qu'il existe une tendance très nette, non encore établie semble-t-il, à le considérer comme une règle de droit matériel susceptible de constituer le fondement même d'une action en justice⁸. Il en est résulté, au plan international, que l'*estoppel* a été invoqué avant tout au cours de la procédure arbitrale ou judiciaire et c'est donc essentiellement dans les pièces de la procédure écrite et orale soumises aux tribunaux internationaux et, bien entendu, dans les décisions de ces derniers que l'on relève une utilisation de cette règle en droit international public. Il n'en demeure pas moins que l'on trouve aussi parfois un argument fondé sur l'*estoppel* plus largement défini dans

5. La théorie de l'*estoppel by representation* du droit anglais est étudiée *supra*, pp. 15-48. Et voir les différentes affaires analysées *infra*, pp. 73-172, qui indiquent un fréquent appel à l'*estoppel* en matière internationale par les juristes formés à l'école de la *common law*.

6. Voir notamment *infra*, pp. 140-141 (affaire de la Guyane britannique), p. 142 et ss. (affaire Tinoco), p. 142 (affaire Hopkins), p. 107 et ss. (affaire Nottebohm), p. 111 et ss. (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne).

7. Voir notamment *infra*, p. 89 (affaire « Différends Sociétés Dufay et Gigandet et autres »), p. 147 et ss. (affaire des emprunts serbes), p. 96 et ss. (affaire du statut juridique du Groënland oriental), p. 103 et ss. (affaire Losinger), p. 151 (affaire relative à certains emprunts norvégiens), p. 121 et ss., (affaire du temple de Préah Vihear), p. 157 et ss. (affaire de la Barcelona Traction), p. 165 et ss. (affaires du plateau continental de la mer du Nord).

7 bis. L'institution anglaise de l'*estoppel by res judicata* est examinée *supra*, par. 26-36, pp. 49-61. Et voir les observations présentées *infra*, Chapitre VII, par. 86, pp. 249-253, sur les aspects de cette institution qui pourraient retenir l'attention des tribunaux internationaux.

8. Cf. *supra*, pp. 17-19.

la pratique gouvernementale et diplomatique de certains Etats, et en premier lieu dans celle des Etats qui se rattachent au système de la *common law*⁹.

38. Aperçu historique. — L'arbitrage international moderne, dont on peut situer le point de départ à la fin du XVIII^e siècle¹⁰, a subi profondément à ses débuts l'influence du droit anglo-américain et n'a pas manqué de recourir à certaines doctrines de ce droit¹¹. Cela tient au fait que, comme l'a fait observer un auteur¹², sur les cent-cinquante-sept instances arbitrales instituées par les Etats entre 1794 et 1900, la Grande-Bretagne a participé à soixante-dix d'entre elles et les Etats-Unis d'Amérique à cinquante-six, sans parler des nombreuses affaires soumises aux commissions mixtes de réclamations auxquelles ces deux Puissances étaient parties. Il n'est dès lors guère surprenant que les avocats des Gouvernements américain et britannique de même que des arbitres aient estimé approprié dans certains cas, face à des contradictions dans les déclarations ou actes successifs d'un Etat, de se référer directement à l'institution de l'*estoppel* telle que l'avait façonnée la sagesse judiciaire de leur ordre juridique interne.

Selon certains auteurs¹³, les premières références à l'*estoppel* en droit des gens datent d'environ deux cents ans. Il fut d'abord invoqué à vrai dire devant des tribunaux de prises britanniques et américains¹⁴, de sorte qu'il est probablement plus exact d'estimer, avec un commentateur¹⁵, que l'une des premières mentions connues de cette règle devant un tribunal international remonte à l'*affaire des emprunts texans*¹⁶, jugée en 1854 par une Commission de réclamations, où le commissaire américain utilisa le terme d'*estoppel* dans

9. Cf. *infra*, pp. 74-77.

10. Karl Strupp, « Le droit de juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.* 1930, vol. III, p. 367, considère que le Traité d'arbitrage conclu le 19 novembre 1794 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne (dit « Traité Jay ») constitue le point de départ de la pratique arbitrale moderne, étant donné qu'une grande confusion avait régné jusqu'alors entre le rôle de véritable arbitre-juge et celui de médiateur.

11. C'est notamment l'avis de J.-C. Witenberg, *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales* (Paris : Pedone, 1937, ci-après mentionné « Witenberg, *L'organisation judiciaire* »), pp. 229-230.

12. H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale, Histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794-1900)* (Berne : Stämpfli et Cie, 1902), pp. VIII-IX.

13. D.W. Bowett, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », *B.Y.B.I.L.* 1957 (ci-après mentionné « Bowett, *Estoppel* »), p. 177, note 2, et I.C. MacGibbon, « Estoppel in international law », *I.C.L.Q.*, 1958 (ci-après mentionné « Mac Gibbon, *Estoppel* »), p. 479.

14. Cf. Bowett, *loc. cit.*

15. J.-C. Witenberg, « L'Estoppel, Un aspect juridique du problème des créances américaines », *Journal du droit international* 1933 (ci-après mentionné « Witenberg, *Estoppel* »), p. 533.

16. *Texas Bonds Case*, *Moore's International Arbitrations*, vol. IV, p. 3591. Et voir les observations présentées à ce sujet par Wilhelm Friede, « Das Estoppel-Prinzip im Völkerrecht », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 1935 (ci-après mentionné « Friede, *Estoppel* »), pp. 524-525, et par Bowett, *Estoppel*, p. 185, note 5.

son opinion dissidente¹⁷. On a assisté depuis lors à un recours de plus en plus fréquent à la notion d'*estoppel* et l'on peut considérer que les affaires suivantes — mentionnées chronologiquement, sous leur titre abrégé, et sans établir de distinction entre les décisions arbitrales et judiciaires — revêtent un intérêt principal aux fins de la théorie de l'*estoppel* en droit international public du fait qu'une ou plusieurs des Parties au différend lui ont consacré une analyse, souvent approfondie, au cours de la procédure écrite ou orale devant le tribunal, ou que le tribunal l'a appliquée ou s'est prononcé de façon précise sur son applicabilité, ou encore qu'un commissaire, un arbitre ou un juge a émis un avis détaillé à son sujet dans son opinion individuelle ou dissidente jointe à la décision :

- *affaire de la Guyane britannique* (1899), entre le Venezuela et la Grande-Bretagne¹⁸ ;
- *affaire Salvador Commercial Company* (1902), entre les Etats-Unis et Salvador¹⁹ ;
- *affaire Corvaia* (1903), entre l'Italie et le Venezuela^{19 bis} ;
- *affaire Tinoco* (1923), entre la Grande-Bretagne et Costa-Rica²⁰ ;
- *affaire de Santa Isabel* (1926), entre les Etats-Unis et le Mexique²¹ ;
- *affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube* (1927), entre la France et la Grande-Bretagne, d'une part, et la Roumanie, de l'autre, avis consultatif à la demande du Conseil de la S.D.N.²² ;

17. Après avoir déclaré que la réclamation présentée par la Grande-Bretagne au nom de Frederick Dawson était irrecevable parce que celui-ci, bien que né en Grande-Bretagne, était domicilié aux Etats-Unis, y exerçait une activité lucrative et y avait acquis la nationalité américaine, le commissaire américain a ajouté en effet : « It has been intimated that if Frederick Dawson, a naturalized citizen of the United States, had returned to England and regained his domicile, and had presented a claim to this commission as a British subject, I would have held up his naturalization papers, and would have said he is estopped from presenting his claim on account of his having become a citizen of the United States. In this supposition the counsel is in error. I would have taken no such ground, provided the claimant had in good faith and at the proper time changed his allegiance... » (Moore, *International Arbitrations*, loc. cit.).

18. Sentence rendue par le Tribunal institué au titre de l'article premier du Traité d'arbitrage conclu à Washington le 2 février 1897 entre la Grande-Bretagne et le Venezuela, reproduite dans La Fontaine, *op. cit.*, p. 544 et ss.

19. Sentence du 8 mai 1902 reproduite dans *Papers relating to the Foreign Relations of the United States transmitted to the Congress, December 2, 1902* (Washington : Government Printing Office, 1903), p. 838 et ss., et dans R.S.A.N.U., vol. XV, p. 473.

19 bis. Sentence reproduite dans *Venezuelan Arbitrations of 1903*, *Ralston's Report* (Washington : Government Printing Office, 1904), p. 782 et ss., et dans R.S.A.N.U., vol. X, p. 609 et ss.

20. Sentence du 18 octobre 1923 reproduite dans A.J.I.L. 1924, p. 147 et ss., et dans R.S.A.N.U., vol. I, p. 369 et ss.

21. Sentence du 26 avril 1926 reproduite dans A.J.I.L. 1932, p. 172 et ss., et dans R.S.A.N.U., vol. IV, p. 783 et ss.

22. *Compétence de la Commission européenne du Danube, avis consultatif*, 1927, C.P.J.I. série B N° 14.

- *affaires des emprunts serbes et brésiliens* (1929), respectivement entre la France et la Yougoslavie, et entre la France et le Brésil ²³ ;
- *affaire Shufeldt* (1930), entre les Etats-Unis et le Guatemala ²⁴ ;
- *affaire du statut juridique du Groënland oriental* (1933), entre le Danemark et la Norvège ²⁵ ;
- *affaire Losinger* (1936), entre la Suisse et la Yougoslavie ²⁶ ;
- *affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943* (1954), entre l'Italie, d'une part, et les Etats-Unis, la France et la Grande-Bretagne, de l'autre ²⁷ ;
- *affaire Nottebohm* (2^e phase, 1955), entre le Liechtenstein et le Guatemala ²⁸ ;
- *affaire Flegenheimer* (1958), entre les Etats-Unis et l'Italie ²⁹ ;
- *affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* (1960), entre le Honduras et le Nicaragua ³⁰ ;
- *affaire du temple de Préah Vihéar* (fond, 1962) entre le Cambodge et la Thaïlande ³¹ ;
- *affaire de la Barcelona Traction* (exceptions préliminaires, 1964), entre la Belgique et l'Espagne ³² ;
- *affaire de la frontière des Andes* (1966), entre l'Argentine et le Chili ³³ ;
- *affaires du plateau continental de la mer du Nord* (1969), respectivement entre la République fédérale d'Allemagne et le Danemark, et entre la République fédérale d'Allemagne et les Pays-Bas ³⁴.

Cette liste ne comporte pas les nombreuses affaires où l'estoppel avancé ne donna pas lieu à des prises de position importantes du point de vue théorique, ni celles où il ne fut évoqué que de façon incidente ou subsidiaire par une Partie, un arbitre ou un juge ; elle

23. *Emprunts serbes*, arrêt N° 14, 1929, C.P.J.I. Série A N° 20 et *Emprunts brésiliens*, arrêt N° 15, C.P.J.I. Série A N° 21.

24. Sentence du 24 juillet 1930 reproduite dans *The Department of States Arbitration Series* N° 3 (Washington : Government Printing Office, 1932), p. 57 et ss., et dans *R.S.A.N.U.*, vol. II, p. 1079 et ss.

25. *Statut juridique du Groënland oriental*, arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B N° 53, p. 22 et ss.

26. *Losinger*, ordonnance du 27 juin 1936, C.P.J.I. série A/B N° 69, p. 99.

27. *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 19 et ss.

28. *Nottebohm, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1955, p. 4 et ss.

29. Commission de conciliation italo-américaine instituée conformément à l'article 83 du Traité de Paix avec l'Italie du 10 février 1947, sentence du 20 septembre 1958 reproduite dans *A.S.D.I.* 1961, p. 155 et ss., et dans *R.S.A.N.U.*, vol. XIV, pp. 327-390.

30. *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, arrêt, C.I.J. Recueil 1960, p. 192 et ss.

31. *Temple de Préah Vihéar, fond*, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6 et ss.

32. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 6 et ss.

33. *Argentine-Chile Frontier Case*, sentence arbitrale de la reine Elisabeth II du 9 décembre 1966 reproduite dans *R.S.A.N.U.*, vol. XVI, p. III et ss.

34. *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 9 et ss.

ne comprend pas non plus différents cas qui ne se réfèrent pas à l'*estoppel eo nomine* mais sont considérés par plusieurs auteurs comme des exemples d'une application « implicite » de l'*estoppel*. Ces diverses affaires seront mentionnées ultérieurement, selon le besoin.

Ainsi qu'indiqué ci-dessus³⁵, on rencontre également des références à l'*estoppel*, généralement très largement interprété, dans la pratique gouvernementale et diplomatique de certains Etats. On constatera que, dans la plupart de ces cas, le terme n'est utilisé que pour décrire la force obligatoire d'un acte juridique et la forclusion qui en découle ou pour qualifier la déchéance d'un droit ou l'irrecevabilité d'une prétention³⁶.

39. Les travaux des publicistes sur l'*estoppel* en droit des gens.

— Ayant fait son apparition dans le droit international au cours du XIX^e siècle³⁷, l'institution de l'*estoppel* n'est étudiée par la doctrine internationale que depuis une cinquantaine d'années³⁸. Elle n'est pas mentionnée dans les principaux manuels de droit international public du siècle passé et, peu connue des juristes de droit civil, elle n'a commencé à retenir l'attention des auteurs qu'à partir du moment où, invoquée de plus en plus fréquemment devant les tribunaux internationaux et prise en considération et appliquée par ceux-ci, elle a paru nécessiter un examen approfondi. C'est à vrai dire essentiellement à la suite d'arrêts et d'avis consultatifs de la Cour de La Haye³⁹, et tout particulièrement ces dernières années, que des commentateurs se sont penchés sur elle et que d'importantes contributions ont été apportées⁴⁰.

35. *Supra*, pp. 66 in fine - 67.

36. Voir *infra*, pp. 74-77 et pp. 194-212.

37. Cf. *supra*, pp. 67-68.

38. Cf. MacGibbon, *Estoppel*, p. 468.

39. Cf. *supra*, pp. 68-69, notes 22, 23, 25 à 38, 30 à 32, 34 et *infra*, p. 96 et ss. (affaire du statut juridique du Groënland oriental), p. 107 et ss. (affaire *Nottebohm*), p. 111 et ss. (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906), p. 121 et ss. (affaire du temple de Préah Vihear), p. 147 et ss. (affaire des emprunts serbes et brésiliens), p. 157 et ss. (affaire de la *Barcelona Traction*) et p. 165 et ss. (affaires du plateau continental de la mer du Nord).

40. Mentionnés par ordre chronologique, les principaux ouvrages et articles qui ont examiné de façon approfondie la théorie de l'*estoppel* en droit international public sont les suivants : Arnold M. McNair, « The Legality of the Occupation of the Ruhr », *B.Y.B.I.L.* 1924 (ci-après mentionné « McNair, *Occupation of the Ruhr* »), pp. 31-37, Hersch Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres : Longmans, Green and Co Ltd., 1927, ci-après mentionné « Lauterpacht, *Private Law Sources* »), pp. 203-237, 248-261, 266-268, 280-281, Witenberg, *Estoppel* (cf. *supra*, p. 67, note 15), pp. 529-538, Friede, *Estoppel* (cf. *supra*, p. 67, note 16), pp. 517-545, Bin Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (Londres : Stevens & Sons, 1953), pp. 140-158, Bowett, *Estoppel* (cf. *supra*, p. 67, note 13), pp. 176-202, MacGibbon, *Estoppel* (cf. *supra*, p. 67, note 13), pp. 468-513, Ebehard Menzel, « *Estoppel-Prinzip* », *Wörterbuch des Völkerrechts* (Berlin : Strupp-Schlochhauer, 2^e éd., 1960-1962, 3 vol.), vol. I, pp. 441-442, Franco Mosconi,

40. Deux conceptions opposées de l'estoppel. — Un examen de la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats, de la pratique des Organisations internationales, de la jurisprudence et de la doctrine internationales permet de constater l'existence de deux conceptions générales opposées de l'estoppel en droit international public. Pour l'une, extensive, l'estoppel s'appliquerait en cas de contradiction entre un comportement actuel et un comportement antérieur d'un sujet du droit international et constituerait une règle qui viserait, indépendamment des rigoureuses conditions d'application mises au point par le droit anglais pour l'estoppel by representation⁴¹, à empêcher une Partie, en vertu même du principe de la bonne

« La dottrina dell' 'estoppel' in diritto internazionale », *Diritto internazionale* 1962 (ci-après mentionné « Mosconi, Estoppel »), pp. 388-415, Enrique Pecourt Garcia, « El principio del 'estoppel' en derecho internacional publico », *Revista Espanola de Derecho Internacional* 1962 (ci-après mentionné « Pecourt Garcia, Estoppel »), pp. 98-139, Robert Yewdall Jennings, *The Acquisition of Territory in International Law* (Manchester : Manchester University Press, 1963), pp. 41-51, Enrique Pecourt Garcia, « El principio del 'estoppel' y la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso del Templo de Preah Vihear », *Revista Espanola de Derecho Internacional* 1963 (ci-après mentionné « Pecourt Garcia, Preah Vihear »), pp. 153-166, Clarence Wilfred Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (Londres : Stevens & Sons 1964, ci-après mentionné « Jenks, International Adjudication »), pp. 415-416, G. Venturini, « La portée et les effets des actes unilatéraux des Etats », *R.C.A.D.I.*, 1964, II, pp. 370-374, Jean Barale, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *A.F.D.I.* 1965, pp. 423-426, Y.Z. Blum, *Historic Titles in International Law* (La Haye : Nijhoff, 1965), pp. 90-98, Jean-Victor Louis, « L' 'estoppel' devant la Cour internationale de Justice », *Revue de droit international et de droit comparé* 1965, (ci-après mentionné « Louis, Estoppel »), pp. 212-234, M.B. Akehurst, « Le principe de l'estoppel en droit administratif international », *Journal du droit international* 1966, pp. 285-300, Mohieddine Mabrouk, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales* (Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966), pp. 107-112, Christian Dominicé, « A propos du principe de l'estoppel en droit des gens », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Genève : Faculté de droit et Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, ci-après mentionné « Dominicé, Estoppel »), pp. 327-365, Vladimir Paul, « Pojem 'estoppel' v mezinárodním právu veřejném », *Casopis pro mezinárodní právo* 1968 (ci-après mentionné « Paul, Estoppel »), pp. 176-185, Jack Lang, *Le plateau continental de la mer du Nord*, Arrêt de la Cour Internationale de Justice (Paris : L.G.D.J., 1970), pp. 51-60, Yousef Issa Youakim, *Estoppel in International Law* (Cornell University : University Microfilms, Inc., Ann Arbor, Michigan, 1970, ci-après mentionné « Youakim, Estoppel »), pp. I-XXI, 1-300, Jörg P. Müller, *Vertrauensschutz im Völkerrecht* (Cologne-Berlin : Carl Heymanns Verlag KG, 1971), pp. 5-35, Charles Vallée, « Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens », *R.G.D.I.P.* 1973 (ci-après mentionné « Vallée, Estoppel »), pp. 949-999, Joe Verhoeven, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Les relations publiques internationales* (Publication de la R.G.D.I.P., Nouvelle série, N° 24 ; Paris : Pedone, 1975), pp. 798-817, Alfred P. Rubin, « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *A.J.I.L.* 1977, p. 16 et ss., Elisabeth Zoller, *La bonne foi en droit international public* (Préface de Suzanne Bastid ; Publication de la R.G.D.I.P., Nouvelle série, N° 28 ; Paris : Pedone, 1977), *passim*, en particulier pp. 274-297. Cette liste ne comporte pas les nombreux ouvrages, et notamment les traités de droit international public publiés ces dernières années, qui n'ont pas manqué de consacrer une place, souvent importante, à la théorie de l'estoppel en droit des gens ; elle ne se réfère pas non plus aux multiples monographies et articles qui ont examiné la question de la mise en œuvre et des effets de l'estoppel dans tel ou tel domaine du droit international ou qui ont porté leur attention sur cette théorie en corrélation avec certaines affaires arbitrales ou judiciaires. Ces différentes contributions seront mentionnées dans la suite de la présente étude, chaque fois que l'exposé l'exigera (voir en particulier, *infra*, Chapitre IV, pp. 173-192).

41. Cf. *supra*, pp. 19-29.

foi, de contredire ou de contester ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire. D'après l'autre, restrictive, l'*estoppel* n'opérerait que si certains éléments constitutifs — correspondant dans leurs grandes lignes à ceux que la *common law* a établis pour l'*estoppel by representation*⁴² — se trouvent réunis. Il va sans dire que chacune de ces conceptions se subdivise, vu la grande indétermination théorique qui caractérise le droit des gens en la matière, en diverses tendances, et l'on assiste parfois, dans une même affaire, à de vastes discussions entre les Parties ou entre les juges eux-mêmes au sujet de la construction juridique de cette règle.

Un large débat s'est donc ouvert, qui paraît loin d'être clos, sur la construction juridique de l'*estoppel* en droit international public.

41. Plan de la deuxième Partie. — On procédera en premier lieu à un examen détaillé des deux conceptions générales opposées de l'*estoppel* en droit des gens, en tenant compte de l'ensemble des affaires où l'*estoppel* a été pris en considération par une Partie, par un tribunal, ou par un commissaire, un arbitre ou un juge dans son opinion individuelle ou dissidente jointe à la décision (Chapitres premier à III), de même que des principales études des publicistes (Chapitre IV), et l'on en tirera des conclusions sur la construction juridique de cette règle en droit international public et sur sa réception par cet ordre juridique (Chapitre V). On se penchera alors sur la question théorique, liée au problème fondamental des sources du droit international, de savoir par quelle voie l'*estoppel*, règle de la *common law*, a pu prendre place dans l'ordre juridique international (Chapitre VI). On indiquera enfin que le droit international n'a pas reçu l'institution de l'*estoppel by res judicata*, et l'on mettra l'accent sur certains aspects de cette institution qui sembleraient de nature à pouvoir l'intéresser (Chapitre VII).

42. *Ibid.*

CHAPITRE PREMIER

LA CONCEPTION EXTENSIVE DE L'ESTOPPEL

42. Remarques introductives. — La pratique des Etats et la jurisprudence internationale fournissent de nombreux exemples de l'*estoppel* largement interprété. Une telle conception se rencontre d'ailleurs aussi parfois dans la jurisprudence et dans la doctrine anglaises puisque, par exemple, la Cour de l'Echiquier a affirmé en 1862 :

« A man shall not be allowed to blow hot and cold — to affirm at one time and deny at another... Such a principle has its basis in common sense and common justice, and whether it is called 'estoppel' or by any other name, it is one which courts of law have in modern times most usefully adopted »⁴³,

qu'elle a donné les indications suivantes au sujet de l'*estoppel* en 1875 :

« It is perhaps only an application of those general principles which do not belong to the municipal law of any particular country, but which we cannot help giving effect to in the administration of justice, viz., that a man cannot complain of the consequences of his own default against a person, who was misled by that default without any fault of his own »⁴⁴,

et que sir Edward Coke s'était appliqué, dans son analyse de l'*estoppel*, à apparenter cette règle à certaines maximes juridiques romaines, disant notamment :

« No man ought to allege anything but the truth for his defense, and what he has alleged once, is to be presumed true, and therefore he ought not contradict it ; for as it is said in the 4 Inst. 272, *allegans contraria non est audiendus* »⁴⁵.

La question se pose cependant de savoir — comme on aura l'occasion de le souligner⁴⁶ — si, en droit international, l'*estoppel* ainsi compris constitue véritablement une institution juridique autonome

43. *Cave v. Mills* (1862), 7 *Hurleston and Norman*, 913, à la page 927.

44. *Halifax Union v. Wheelwright*, *Smith Leading Cases*, vol. 2, p. 827.

45. 2 *Coke on Littleton*, 352 a, note 1.

46. *Infra*, par. 73-76, pp. 194-212.

ou s'il n'est pas plutôt le terme utilisé pour décrire la déchéance d'un droit ou l'irrecevabilité d'une prétention ou d'une réclamation en vertu de règles concrètes et bien individualisées du droit des gens. Il convient à cet égard d'examiner la conception extensive de l'*estoppel* telle qu'elle ressort de la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats (Section I) et des pièces de la procédure écrite et orale soumises aux tribunaux internationaux, des décisions de ces tribunaux et des opinions individuelles ou dissidentes qui y sont jointes (Section II).

Il est à signaler que le présent Chapitre ne tient compte que d'affaires où le terme d'*estoppel* a été expressément utilisé et laisse donc de côté un certain nombre de cas que des auteurs et des plaideurs, partant d'une conception extensive de l'*estoppel*, ont présentés comme des exemples d'une application implicite de cette règle. Ces différentes affaires seront examinées plus loin, principalement aux Chapitres IV et V ^{46 bis}.

Section I

PRATIQUE GOUVERNEMENTALE ET DIPLOMATIQUE DES ETATS

43. Indications générales et exemples. — C'est en premier lieu dans les instructions données par les gouvernements des Etats de la *common law* à leurs agents diplomatiques ou consulaires ou à leurs fonctionnaires que l'on rencontre des références à un *estoppel* non technique. Un auteur ⁴⁷, qui s'est penché avec attention sur les rapports des conseillers juridiques des Gouvernements américain et britannique, a constaté que l'*estoppel* y est habituellement invoqué dans un sens des plus larges et que, sans retenir l'appareil rigoureux qui caractérise cette règle du droit interne, on y insiste principalement sur les dangers qu'il y aurait à adopter des attitudes contradictoires à différents intervalles et sur l'impossibilité pour un Etat de modifier son comportement au gré de ses intérêts du moment ⁴⁸. A vrai dire, l'*estoppel* ne se trouve mentionné *eo nomine* dans aucun des exemples donnés par cet auteur, de sorte que l'on ne peut guère en tirer des conclusions sur la construction juridique de cette règle en droit international. Il existe cependant un certain nombre de cas où, dans leurs rapports, leur correspondance diplomatique ou leurs interventions, des gouvernements se sont référés expressément à l'*estoppel* largement entendu en vue de qualifier une situation juri-

46 bis. Cf. notamment *infra*, par. 66, pp. 174-180, et par. 73, pp. 198-201.

47. MacGibbon, *Estoppel*, pp. 487-501.

48. *Ibid.*, p. 487.

dique. Il semble que l'on peut se limiter aux quatre exemples suivants qui, se situant à différentes époques, paraissent bien illustrer cette tendance.

— Des conseillers juridiques du Gouvernement britannique ont soutenu en 1878, dans un rapport concernant un contrat d'emprunt, que leur gouvernement était forclos (*estopped*), s'étant abstenu d'agir en temps voulu, à présenter maintenant une réclamation qu'il eût fort bien pu faire valoir s'il n'avait pas renoncé implicitement à ses droits :

« In our opinion the English Government has waived its right to the increased Egyptian tribute, and the action, or rather abstinence of action, by the British Government in 1871 is an instance of that consent on the part of at least one of Guaranteeing Powers, which estops that Power from claiming, under the Convention, the additional tribute money as part of the security. » ⁴⁹

— Dans une note qu'il a adressée en 1907 à un Chargé d'Affaires suédois, le Secrétaire d'Etat américain a souligné qu'un Etat qui a conclu un accord avec un autre Etat par échange de notes est *estopped* de venir contester ensuite la compétence de son Ministère des Affaires étrangères :

« So far as the international aspect is concerned, there is little doubt that a nation entering into an arrangement by the exchange of diplomatic notes is, certainly as to the other negotiating power, estopped to say that the Foreign Office, in making such arrangement, had no power, or authority in the premises. This is the position which has been assumed not infrequently by this Government in dealing with other countries. » ⁵⁰

— Dans une affaire relative à des navires finlandais réquisitionnés dans des ports britanniques pendant la première guerre mondiale à un moment où la Finlande se trouvait encore rattachée à l'Empire russe, que le Gouvernement finlandais avait soumise en 1931 au Conseil de la Société des Nations ⁵¹, le Gouvernement britannique

49. Extrait du *Report of the Law Officers of the Crown of 14 January 1878, on the Turkish Guaranteed Loan (1855)*, cité par Bowett, *Estoppel*, p. 198, et par McNair, *The Law of Treaties*, p. 488.

50. *The Acting Secretary of State (Adee) to the Swedish Chargé d'Affaires (Egrenken), Mar. 22, 1907, M.S. Department of State, file 3959/1*, in G.H. Hackworth, *Digest of International Law* (Washington : Government Printing Office, 1940-1943, 8 vol.), vol. V, p. 393.

51. Cf. S.D.N., *Journal officiel*, 1931, *Réclamation formulée par le Gouvernement finlandais contre le Gouvernement britannique au sujet de navires finlandais utilisés pendant la guerre par le Gouvernement britannique*, p. 2076 et ss. Les faits de cette affaire peuvent être brièvement résumés comme suit (voir *Rapport du Comité des Trois institué par le Conseil le 21 janvier 1935, Document C. 225.1935.VII*, reproduit dans S.D.N., *Journal officiel*, 1935, p. 1160 et ss.) : des armateurs finlandais n'ayant pas reçu de compensation pour le fret et, dans certain cas, la perte de leurs navires réquisitionnés dans les ports britanniques en 1916 et 1917 avant la proclamation de l'indépendance de la Finlande, le Gouvernement finlandais avait adressé une réclamation au Gouvernement britannique, en 1920, estimant que l'utilisation de ces navires pouvait être légitimement considérée comme un acte d'autorité britannique de nature à imposer au

s'est opposé à la réclamation que la Finlande avait formulée contre lui parce qu'il n'avait pas versé d'indemnités pour le fret et, dans certains cas, la perte de ces navires en avançant, notamment, un argument fondé sur l'*estoppel*. Il a affirmé que, quelles qu'aient été alors les limites assignées au Gouvernement impérial russe par les lois de la Russie et de la Finlande,

« ... les armateurs finlandais, ayant manifestement admis qu'ils devaient s'adresser au Gouvernement impérial russe pour toute question relative à l'emploi de ces navires, n'étaient effectivement pas recevables à mettre en question [texte anglais : *would be effectively estopped from now disputing*], vis-à-vis du Gouvernement britannique, une situation qu'ils semblaient avoir admise, car ils avaient donné toutes les raisons de le croire ; ils ne pouvaient donc être fondés — lorsqu'en raison de l'effondrement du Gouvernement impérial russe, les obligations de ce dernier à leur égard n'ont pas été remplies — à changer d'avis, s'écartant de l'attitude adoptée par eux auparavant, sur la foi de laquelle avait agi le Gouvernement de Sa Majesté, et à maintenir qu'ils avaient le droit de s'adresser à ce gouvernement pour se faire payer. » ⁵²

Le Gouvernement finlandais, sans mettre en question l'applicabilité de l'institution de l'*estoppel* en droit international public, en contesta l'application dans cette affaire. Il déclara en particulier que les navires réquisitionnés n'avaient cessé d'être exploités conformément à des instructions britanniques officielles, que leur réquisition et leur usage avaient constitué des mesures pour lesquelles le Gouvernement britannique avait encouru une responsabilité directe et distincte et qu'il ne pouvait être question de forclusion (*estoppel*) puisque ce Gouvernement n'avait jamais demandé le consentement des armateurs pour exercer son pouvoir sur ces navires ⁵³.

Ayant décidé, en 1935, de ne pas poursuivre la procédure engagée, le Conseil de la Société des Nations ne trancha pas cette affaire et ne prit donc pas position sur cet argument d'*estoppel* ⁵⁴.

— Le Gouvernement de l'Inde s'est référé à l'*estoppel* dans la correspondance diplomatique qu'il a échangée de 1954 à 1963 avec le Gouvernement de la République populaire de Chine au sujet de

Gouvernement britannique l'obligation d'indemniser les propriétaires. Mais celui-ci avait fait valoir qu'il ne se reconnaissait comme responsable qu'envers le Gouvernement russe, lesdits navires ayant été réquisitionnés par l'agent de ce Gouvernement avec lequel il était en compte pour des dépenses encourues du fait d'une guerre poursuivie en commun. Les pourparlers entrepris à ce sujet n'ayant donné aucun résultat, le Gouvernement finlandais avait décidé de soumettre la question au Conseil de la Société des Nations en vertu de l'article 12 du Pacte de la Société des Nations.

52. S.D.N., *Journal officiel*, 1931, *Mémoire du Gouvernement britannique*, p. 2220.

53. *Ibid.*, *Mémoire du Gouvernement finlandais*, p. 2205, et *Intervention du baron Yrjö-Koskinen*, p. 2076.

54. Cf. S.D.N., *Journal officiel*, 1935, p. 1168.

la délimitation de la frontière sino-indienne⁵⁵. Ayant affirmé que la Chine avait depuis longtemps acquiescé de diverses manières à la délimitation du secteur oriental de cette frontière⁵⁶ et ayant fait état des entretiens qui avaient eu lieu à ce sujet en 1954 et en 1956 entre les Premiers Ministres Chou En-lai et Nehru (entretiens au cours desquels Chou En-lai aurait expressément déclaré que le Gouvernement chinois était disposé à reconnaître la ligne-frontière connue sous le nom de *McMahon Line*)⁵⁷, il a soutenu :

« Having failed, in the face of open declarations and direct communications of India, to specify her claim or to protest, there is no doubt that under the accepted canons of international usage China must be held to have accepted or acquiesced in the Indian alignment and to be now estopped from raising claims to Indian territory. »⁵⁸

Si l'on se réfère aux sources indiennes⁵⁹, le Gouvernement chinois aurait vivement contesté la thèse selon laquelle il aurait « acquiescé » à une certaine délimitation de frontière. Il aurait notamment déclaré que l'on ne pouvait tirer aucune conclusion des différents comportements chinois invoqués par l'Inde au titre de l'acquiescement, que

« The contention that silence means acquiescence reflects not at all the accepted principles of international law. Can it be said that a sovereign state has no right to reserve its proposition concerning questions of its own sovereignty and to raise it on suitable occasions ? »⁶⁰

et que le principe de l'*estoppel* était « absurde »⁶¹.

55. Cf. *India (Republic), Ministry of External Affairs, Notes, Memoranda and Letters exchanged and Agreements signed between the Governments of India and China, White Papers I-IX, 1954-1964* (ci-après désignés *White Paper I, II, etc.*). Voir également *Gouvernement of India, Ministry of External Affairs, Report of the Officials of the Government of India and the People's Republic of China on the Boundary Question, Feb. 1961* (ci-après désigné *Report*) et *Summary of the Report of the Officials of the Government of India and the People's Republic of China on the Boundary Question*, publié par le Gouvernement de l'Inde sous la cote MEA.32 (ci-après mentionné *Summary of the Report*). Des indications détaillées sont données par Surya P. Sharma, « The India-China Border Dispute: An Indian Perspective », *A.J.I.L.* 1965, p. 16 et ss. et par L. Lucchini : « Aspects juridiques de la frontière sino-indienne », *A.F.D.I.* 1963, p. 278 et ss.

56. Cf. Sharma, *op. cit.*, pp. 36-41, et Lucchini, *op. cit.*, pp. 297-299.

57. Cf. *White Paper I*, pp. 49-50, et Sharma, *op. cit.*, pp. 24 et 40.

58. Cf. *Report*, p. 274, et *Summary of the Report*, p. 10.

59. *Report*, p. 343 et ss., où se trouve reproduit le *Report of the Chinese Officials on their Statements and Comments made during the meetings of the Officials of the two Governments*.

60. *Ibid.*, CR-31.

61. *Ibid.*, CR-99 : « The Chinese side ... described this principle of estoppel as 'absurd'. Estoppel is, however, an elementary principle of international law whose importance required no elaboration or emphasis; and it was no serious refutation merely to set it aside as 'absurd' without giving any reasons at all for showing why it could not be regarded as valid or applicable. »

Section II

AFFAIRES ARBITRALES ET JUDICIAIRES

44. Remarques introductives. — Dans un grand nombre de cas, la notion d'*estoppel* ne semble avoir été utilisée par des plaideurs et des tribunaux, et par des commissaires, des arbitres ou des juges dans leurs opinions jointes aux décisions, que pour décrire la déchéance encourue par une Partie à un litige, indépendamment des conditions classiques de l'*estoppel by representation* de la *common law*, du fait de ses actes ou comportements antérieurs. On peut établir une distinction à cet égard entre A) les affaires où l'on rencontre un simple emploi du terme d'*estoppel* largement entendu, sans qu'aucune construction juridique n'explicite cet emploi, et B) les affaires où l'on assiste à une tentative de justifier le recours à cette institution envisagée de façon non technique en la présentant comme un principe général de droit reconnu par l'ensemble des nations, généralement en soulignant ses analogies avec des « doctrines » ou des « maximes » juridiques romaines.

Il est à signaler que, dans plusieurs de ces affaires, on trouve à l'origine du litige une atteinte à un intérêt privé, mais il y a lieu de rappeler — comme la Cour de La Haye l'a dit et répété à diverses reprises — qu'« en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, [un] Etat fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international »⁶².

A. — Simple emploi du terme d'*estoppel* largement entendu.

45. Affaires arbitrales.

— Dans l'affaire *Sharpe* (1871)⁶³, l'avocat des Etats-Unis a fait valoir, tout en admettant que l'on ne se trouvait pas là devant un *estoppel* au sens strict et technique du terme, que John W. Sharpe — dont la réclamation était présentée par la Grande-Bretagne — était *estopped* de prétendre avoir la nationalité britannique puisqu'il exerçait ses droits d'électeur aux Etats-Unis :

« The counsel of the United States contended, first, that such acts [l'exercice du droit de vote] constituted an *estoppel* against the

62. C.P.J.I. série A N° 2, p. 12, C.P.J.I. série A/B N° 20, p. 17 et C.I.J. Recueil 1955, p. 24.

63. *British American Civil War Claims Commission, John W. Sharpe v. The United States*, sentence reproduite dans Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2548. Et voir Bowett, *Estoppel*, pp. 185, 188, Mosconi, *Estoppel*, pp. 394, 401, Youakim, *Estoppel*, p. 224.

claim of the claimant to a standing as a British subject under the Treaty⁶⁴; and, second, that if strictly and technically there was no estoppel, such acts were strong evidence of the fact of naturalization and sufficient to overcome the claimant's own denial on oath of such naturalization.»⁶⁵

La Commission a rejeté cet argument, la preuve ayant été apportée que le droit de vote n'était pas réservé aux Etats-Unis aux seuls citoyens américains.

— Dans l'*affaire du fonds pieux des Californies* (1902)⁶⁶, qui avait déjà donné lieu à une sentence arbitrale rendue en 1875, les Etats-Unis ont fondé l'un de leurs arguments sur « ce que les jurisprudences anglaise et américaine dénomment un *estoppel in pais* » en alléguant, sans prendre en considération les différents éléments constitutifs de cette règle en droit interne, que le Mexique était à leur avis *estopped* d'affirmer, comme il le faisait, que la sentence de 1875 ne le liait pas en raison de l'incompétence de la Commission mixte dont elle émanait, parce qu'il avait admis de façon implicite, par une conduite uniforme, les pouvoirs conférés à ladite Commission pour statuer sur cette affaire et ne pouvait donc, n'ayant pas obtenu gain de cause, venir les contester maintenant :

« If Mexico had power to confer jurisdiction upon the commission of 1868, she had power to ratify the exercise of jurisdiction by the commission.

Her ratification might have been in express words or might have been implied by a course of conduct.

Her course of conduct might have created against her what is known in English and American jurisprudence as an *estoppel in pais*. By such an *estoppel* she would be prevented from asserting that the Court had no jurisdiction.

... after the decision of the former arbitral court Mexico recognized the binding force of the award and in express words confirmed its validity...

Throughout the litigation, therefore, both preceding the umpire's decision and subsequent to it, Mexico impliedly and by a uniform course of conduct conceded to the former commission the power to decide this case.

Mexico accepted the opportunity of success with its accompanying

64. Il s'agit du Traité de Washington du 8 mai 1871, entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, au titre duquel la *Civil War Claims Commission* avait été instituée (cf. Malloy, I, pp. 700, 705).

65. Moore, *International Arbitrations*, loc. cit.

66. Sentence de la Cour Permanente d'Arbitrage du 14 octobre 1902, entre les Etats-Unis et le Mexique, reproduite dans *Cour Permanente d'Arbitrage, Recueil des Actes et Protocoles concernant le litige du « Fonds pieux des Californies »* (La Haye : Bureau international de la Cour Permanente d'Arbitrage, 1902), et dans *R.S.A.N.U.*, vol. IX, p. 1 et ss. Et voir notamment McNair, *Occupation of the Ruhr*, pp. 34-35, Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 205, 207, 244-250, 254, note 3, Friede, *Estoppel*, pp. 529-531, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 485-486, Menzel, op. cit., p. 442, Mosconi, *Estoppel*, pp. 393, 400, Jenks, *International Adjudication*, p. 267, Dominicé, *Estoppel*, p. 343, Youakim, *Estoppel*, pp. 36-38, Vallée, *Estoppel*, p. 965.

chances of defeat. She will not now be heard to say, having lost, that the tribunal had no jurisdiction to render the decision.

Whatever jurisdiction the tribunal had it obtained through the consent of Mexico.

Mexico is therefore estopped from claiming that it did not have the jurisdiction which she necessarily conceded to it and assumed it to possess by her course of conduct at the time »⁶⁷.

La C.P.A. n'a pas retenu cet argument car, tout en donnant gain de cause aux Etats-Unis, elle a fondé essentiellement sa décision sur le principe de l'autorité de la chose jugée appliqué à la question de la compétence arbitrale⁶⁸.

— *L'affaire Salvador Commercial Company (ou affaire El Triunfo)* (1902)⁶⁹ est l'exemple d'une application par un tribunal de l'*estoppel* largement entendu. Le Gouvernement du Salvador, qui avait accordé une concession à une société américaine en vue de l'aménagement d'un port, l'avait annulée par la suite en prétendant — en dépit de rapports de ses propres agents qui avaient toujours reconnu expressément l'exécution correcte de l'obligation — que les termes du contrat de concession n'avaient pas été respectés. Le tribunal a considéré, sans évoquer les différentes conditions d'application de l'*estoppel* by representation du droit anglo-américain, que le Gouvernement du Salvador était *estopped* de revenir sur les rapports de son administration, la preuve n'ayant pas été apportée que ceux-ci étaient entachés d'un vice de volonté :

« A very large amount of testimony has been presented to the arbitrators by the opposing sides in this controversy bearing upon the history of El Triunfo Company and its affairs and management from the beginning of its operation to the closing of the port of El Triunfo by the executive authority of Salvador in February, 1899. It has been the effort of the counsel for Salvador to show at this hearing that the company did not comply with the terms of the concession, either before, or after the reports of the executive officers of the Government showing the completion of the preparation and equipment of the port for carrying on the business, as required by the concession. It is of course obvious that the Salvador Government should be estopped from going behind those reports of its own officers on the subject and from attacking their correctness without supplementary evidence tending to show that such reports were induced by mistake or were procured by fraud or undue influence. No evidence of this kind is introduced. »⁷⁰

67. Cité par Friede, *loc. cit.*

68. C'est notamment l'avis de Mosconi, *Estoppel*, p. 400, et de Dominicé, *Estoppel*, p. 343. Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 205 et 248, considère en revanche que la Cour Permanente d'Arbitrage a bien appliqué en l'espèce l'*estoppel* allégué par les Etats-Unis, mais — comme on l'indiquera *infra*, par. 75, p. 211 — son analyse n'est pas très convaincante.

69. Références données, *supra*, p. 68, note 19. Et voir notamment Friede, *Estoppel*, p. 537, Cheng, *op. cit.*, pp. 147-148, Bowett, *Estoppel*, pp. 190 et 192, Michel Waelbroeck, « L'acquiescement en droit des gens (Commentaires de l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 novembre 1960) », *Rivista di diritto internazionale* 1961, p. 51, note 66, Dominicé, *Estoppel*, p. 345, Youakim, *Estoppel*, pp. 57-58, 294.

70. R.S.A.N.U., vol. 15, p. 473.

— Le tribunal s'est également référé à un *estoppel lato sensu* dans l'affaire *Landreau* (1922)⁷¹. La question se posait de savoir si l'accord par lequel Théophile Landreau avait donné décharge au Gouvernement péruvien de toute obligation à son égard liait aussi son frère Célestin Landreau, qui avait contre ce Gouvernement une créance résultant précisément des relations d'affaires que Théophile avait développées avec les autorités péruviennes. Le tribunal a estimé, dans les motifs de sa décision, que s'il avait été démontré que Célestin avait eu connaissance de cette décharge au moment où l'accord avait été passé et s'était alors abstenu de faire valoir ses droits, il aurait été sans aucun doute *estopped* de présenter sa réclamation, mais rien n'indiquait qu'il avait acquiescé d'une quelconque façon à la transaction de son frère et ses représentants ne pouvaient donc être considérés *estopped* de revendiquer ses droits :

« Of course, if there was anything to show that Célestin knew of this release at the time of its execution and abstained from putting forward his claim, he and his representatives would be estopped from making any claim against the Peruvian Government, but there is nothing to show that there was any such acquiescence in this transaction by Célestin. Théophile lived for nearly two years after the release, but it does not appear whether or not he informed Célestin that he had thus affected to dispose of the whole interest in the contract. Célestin was the heir of Théophile and in all probability he must have come to know of the release soon after Théophile's death in 1894. But there is no sufficient foundation for inferring that Célestin's representatives are estopped by any conduct on his part from asserting the right to their 30 per cent share. »⁷²

— Une conception extensive de l'*estoppel* ressort aussi clairement de la décision rendue par la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne dans l'affaire *Purfürst c. Vitous* (1958)⁷³ :

« La Cour tient à faire application de l'*estoppel* et à contester au demandeur le droit de tirer un argument quelconque du fait que son brevet 758-173 concernant une machine à remailage actionnée par l'air comprimé, n'empiéterait pas sur le brevet 567-631, attendu que, il a fait, à ce sujet, des affirmations diamétralement opposées au cours de l'action en violation de brevet qui lui a été intentée par les Etablissements Vitous et qu'il n'a réussi à éviter un jugement défavorable qu'en se déclarant du droit qu'il avait à utiliser

71. *Landreau Claim*, entre les Etats-Unis et le Pérou, sentence du 22 octobre 1922 reproduite dans *R.S.A.N.U.*, vol. I, p. 352 et ss. Et voir notamment Bowett, *Estoppel*, p. 199, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 486 et 504, Jenks, *International Adjudication*, pp. 391 et 415, Dominicé, *Estoppel*, p. 341, Youakim, *Estoppel*, pp. 130-132, 134-135, Vallée, *Estoppel*, p. 988, note 136.

72. *R.S.A.N.U.*, *op. cit.*, p. 366.

73. *Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne, affaire Purfürst c. Vitous, décision du 29 mars 1958, AC/2/J (58) 3*. Et voir Mabrouk, *op. cit.*, pp. 111-112, Verhoeven, *op. cit.* p. 805, note 457.

à titre intérimaire le brevet 567-631 ... *Nul ne peut, en effet, souffler simultanément le froid et le chaud.* » ⁷⁴

46. Affaires judiciaires. — Des Parties ou des juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes ont recouru ou se sont référés à plusieurs reprises devant la C.I.J. à l'*estoppel* largement défini.

— Dans l'affaire de l'interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (1950) ⁷⁵, deux Parties et un juge dissident ont fait appel à l'*estoppel* pour affirmer que celui qui a empêché d'une manière illicite que des dispositions conventionnelles produisent leur effet ne saurait invoquer ensuite à son bénéfice le non-accomplissement de l'obligation prévue par ces dispositions et profiter ainsi de son propre tort. C'est là, comme on aura l'occasion de le vérifier ⁷⁶, une conception extensive de l'*estoppel* à laquelle des plaideurs et des juges se sont parfois référés et qui a donné lieu à divers commentaires dans la doctrine. La question se posait de savoir si le Secrétaire général des Nations Unies était autorisé, si l'une des Parties auxdits traités de paix ne désignait pas de représentant à une commission prévue par les dispositions de ces traités visant les différends, alors qu'elle était tenue d'en désigner un, à désigner le tiers membre de la commission sur la demande de l'autre Partie au différend, conformément aux dispositions des traités en cause, et, dans l'affirmative, si une commission ainsi composée était qualifiée pour prendre des décisions définitives et obligatoires dans le règlement d'un différend. Dans son exposé écrit, le Royaume-Uni a fait valoir à cet égard :

« A Commission composed of two members can, equally as well as a three-member Commission, call upon both sides to submit their views and evidence, and the failure or refusal of one side to do this cannot of itself incapacitate the Commission from rendering a decision.

... The point may be clearer on the basis of an application of the principle of *estoppel*. If a Commission composed of only two members — a national member of one party and the third member appointed by the Secretary-General — meets and gives a decision, it is the function of the party which considers that decision to be invalid to put forward the necessary challenge. In the present case, the only party which would have the necessary *locus standi* to do this would be the other party to the dispute. But in fact the other party to the dispute could only make this challenge by pleading its own wrongful action in not appointing its national Commissioner.

74. Cité par Mabrouk, *loc. cit.*

75. *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 221 et ss., Et voir Cheng, *op. cit.*, pp. 151-155, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 480-482, 485, Jenks, *International Adjudication*, pp. 328-329, Louis, *Estoppel*, p. 222, note 26, et p. 232, note 58.

76. *Infra*, par. 76, p. 212.

In fact, the basis of its challenge would be its own failure to appoint its Commissioner. It is submitted, however, that a plea of invalidity based solely on the default of the party making the plea cannot be good or effective. In brief, the party concerned is estopped or incapacitated from challenging the validity of the decision, because it cannot do so except by pleading its own wrong. In that case the decision would remain unchallenged in law and therefore binding » ⁷⁷,

et, ayant mentionné un passage bien connu de l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire de Chorzów (1927) ⁷⁸, qui énonce :

« C'est ... un principe généralement reconnu par la jurisprudence internationale, aussi bien que par les juridictions nationales, qu'une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par une acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte » ⁷⁹,

il a conclu :

« This suggests that if, in the present case, the Governments of Bulgaria, Hungary and Roumania have, by refusing to co-operate in the setting-up of the appropriate Treaty Commission severally prevented the other Parties concerned from having recourse to the tribunal which would otherwise have been open to them (i.e., a Commission constituted as contemplated by the relevant provision of the Treaty), they are estopped from complaining if those Parties have recourse to such process as is available to them for obtaining a finding on the merits of the dispute, and cannot question the competence of a tribunal necessarily constituted without the co-operation of the three ex-enemy Governments, though otherwise, in accordance with the procedure laid down by the Treaty. » ⁸⁰

Les Etats-Unis ont avancé de leur côté un argument du même type, soulignant en particulier :

« ... Bulgaria, Hungary, and Roumania are legally obligated to appoint their representatives to the treaty disputes commissions. If the Governments of these States persist in their breach of obligation, refusing to appoint representatives to the commissions, they must be taken to have waived their right to be represented on the commissions. They must be considered estopped to complain now or in the future, on the ground of lack of representation, concerning the consideration and decision of disputes by commissions on which they decline to be represented. A party to a dispute committed by treaty to go to arbitration, and obligated to appoint

77. C.I.J. Mémoires, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Written Statement of the United Kingdom, pp. 189 in fine — 190.

78. *Usine de Chorzów, compétence*, arrêt N° 8, 1927, C.P.P.I., série A N° 9.

79. *Ibid.*, p. 31.

80. C.I.J. Mémoires, *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, Written Statement of the United Kingdom, p. 191.

an arbitrator, cannot be heard to say that the arbitration proceedings are invalid for lack of the party's appointed arbitrator when the party has refused, in defiance of legal duty, to appoint an arbitrator. Such party must be considered estopped to deny that it has waived its right to be represented on the arbitral tribunal. No State can claim that its right is denied when it refuses to avail itself of the right which it claims is denied it. »⁸¹

Au cours de la procédure orale, le représentant du Royaume-Uni a jugé nécessaire de citer à nouveau le passage prémentionné de *l'affaire de Chorzów*, considérant

« What is involved is really an application of the principle known in English law as estoppel (or to use what I believe is the equivalent French term *préclusion*) — to which effect has frequently been given by international tribunals... »⁸²

et invoquant à ce sujet un grand nombre de décisions arbitrales et judiciaires qui indiquaient clairement sa conception très large de la règle puisque, de son avis même, plusieurs d'entre elles ne constituaient que l'application d'un « *quasi-estoppel* »⁸³.

Ayant été d'avis que le Secrétaire général des Nations Unies n'était pas autorisé dans un tel cas à désigner le tiers membre de la commission, la Cour n'a pas eu à considérer si les décisions que cette commission prendrait en pareille hypothèse seraient définitives et obligatoires et elle ne s'est donc pas prononcée sur l'argument d'*estoppel lato sensu* avancé à ce propos. Seul un juge dissident, M. Read, a repris cet argument à son compte :

« ...I think that I am bound to take into account the fact that, in the existing circumstances and under existing international law, a defaulting government could not object to the competence of such a tribunal. If it raised the objection before such a Treaty Commission, it would be bound to apply existing international law and refuse to let such a government profit from its own wrong. If it raised the objection in proceedings before this Court, it would be necessary for the International Court of Justice, which is not a law-making organ, to apply existing legal principles and recognize that it was estopped from alleging its own treaty violation in support of its own contention. »⁸⁴

— Dans *l'affaire du droit d'asile* (1950)⁸⁵, un juge dissident, M. Azevedo, semble avoir estimé, se référant au « concept anglo-saxon de *l'estoppel* »⁸⁶, que la Cour internationale ne pouvait pas prendre en considération la modification d'une demande reconventionnelle plaidée à un moment où l'autre Partie n'était plus en mesure de répondre.

81. *Ibid.*, *Written Statement of the U.S.A.*, p. 237.

82. *Ibid.*, *Statement by Mr. Fitzmaurice (U.K.)*, p. 374.

83. *Ibid.*, p. 375. La plupart des décisions invoquées par M. Fitzmaurice (pp. 374-375) ne se réfèrent pas expressément à *l'estoppel*.

84. *C.I.J.*, *Recueil 1950*, p. 244.

85. *Droit d'asile*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 266 et ss.

86. *Ibid.*, *Opinion dissidente de M. Azevedo*, p. 351.

— Dans l'affaire des Minquiers et des Ecréhous (1953)⁸⁷, où la France avait notamment affirmé que les îlots et rochers litigieux n'étaient pas susceptibles d'appropriation par le Royaume-Uni ou par elle-même depuis que, par une Convention conclue en 1839, les deux nations les avaient placés dans leur mer commune⁸⁸, le Royaume-Uni s'est appliqué à montrer que l'on ne pouvait tirer des dispositions d'une convention visant les droits de pêche un quelconque accord portant abstention de revendiquer la souveraineté sur les îlots et rochers en question⁸⁹ et que même si, contrairement à ce qu'il prétendait, la Convention de 1839 comportait bien, au moment de sa conclusion, l'effet qu'entendait lui attribuer la France, les deux Parties lui avaient donné un sens différent par leur conduite ultérieure et se trouvaient dès lors *estopped* d'alléguer que les actes de possession postérieurs à 1839 ne pouvaient être opposés à l'autre Partie en tant qu'actes de souveraineté sur les îlots⁹⁰ :

« *Estoppel in the matter of an alleged incapacity to put forward claims to sovereignty over islets...*

... both the parties, having put forward (and, over considerable, if varying, periods maintained) claims to sovereignty, are now precluded and estopped from denying their own capacity to put forward claims to sovereignty, or from alleging each other's incapacity to do so. »⁹¹

La Cour a accepté l'argumentation britannique relative à la Convention de 1839 et, sans reprendre le terme d'*estoppel* qui avait été très largement entendu, elle a souligné que la thèse selon laquelle les actes postérieurs à 1839 devraient être écartés était incompatible avec l'attitude que le Gouvernement français avait prise lui-même puisqu'il avait non seulement réclaté la souveraineté sur les Ecréhous en 1886 et les Minquiers en 1888, et plus tard, mais avait aussi, pour établir cette souveraineté, invoqué des mesures prises après 1839 dans diverses communications au *Foreign Office* et au cours de la présente procédure⁹².

— Dans l'affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955 (1959)⁹³, Israël a fait état de la position à son avis inconséquente de la Bulgarie, qui avait tout d'abord reconnu sa responsabilité dans une Note Verbale puis l'avait déniée, et il a déclaré :

87. *Minquiers et Ecréhous*, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 47 et ss. Et voir Alexander George Roche, *The Minquiers and Ecrehos Case (An Analysis of the Decision of the International Court of Justice)*, (Thèse, Genève : Droz, 1959), pp. 136-139, Youakim, *Estoppel*, pp. 119-120.

88. Cf. C.I.J. Mémoires, *Minquiers et Ecréhous*, vol. I, *Contre-mémoire de la France*, p. 403.

89. *Ibid.*, *Réplique du Royaume-Uni*, p. 481.

90. *Ibid.*, p. 484 et ss.

91. *Ibid.*, p. 494.

92. C.I.J. Recueil 1953, pp. 58-59.

93. *Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 127 et ss.

« Acceptance of such a view... would imply that a government would be entitled to blow hot and cold at the same time: for purely political purposes to make statements which, for their impact upon the rights of others, would be of possibly far-reaching implications (as in the present case), and then to be free of all legal consequences when those whose rights are affected seek to implement these very rights apparently once recognized... The failure of the Bulgarian Government to make available the evidence upon which it based its own conclusions, may also have the legal consequences of creating an estoppel or preclusion (in so far as these notions are distinct). »⁹⁴

La Cour, qui s'est déclarée incompétente, ne s'est pas prononcée sur cet argument.

On peut mentionner encore différentes affaires où des juges se sont référés à l'*estoppel lato sensu* dans leurs opinions individuelles :

— dans les *affaires du Sud-Ouest africain* (1962)⁹⁵, où la Cour a réaffirmé son avis de 1950⁹⁶ selon lequel l'Afrique du Sud ne saurait prétendre conserver l'administration du territoire en question et rejeter en même temps les obligations découlant pour elle du Mandat, sir Louis Mbanefo, juge *ad hoc*, s'est élevé contre la thèse du Gouvernement sud-africain — pour qui la déclaration de Mandat ne constituait pas en soi un traité ou une convention du fait qu'elle n'avait pas été signée par le Mandataire, ne contenait aucune disposition relative à la ratification et n'avait jamais été ratifiée et enregistrée — en soulignant que ce Gouvernement avait administré ce territoire pendant plus de quarante ans parce qu'il avait considéré ladite déclaration comme un traité ou une convention dont les termes lui donnaient pouvoir de le faire et que « If the law of estoppel has any meaning in international law the Respondent would be precluded from raising such an issue on the face of its own conduct during the past 40 years »⁹⁷ ;

— dans l'*affaire de la Barcelona Traction* (2^e phase, 1970)⁹⁸, M. Jessup, juge de la majorité, semble s'être rallié — en dépit de diverses réserves — à une conception extensive de l'*estoppel* : « It is indeed true that since Spain admitted that Canada had a right to extend diplomatic protection to Barcelona Traction, it may be argued that Spain is estopped to deny such a right although the elements of true estoppel may be lacking and such estoppel could be claimed (if at all) by Canada and not by Belgium. Aside from the fact that I believe the jurisprudence of the Court has tended to rely too

94. C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955, Memorial of Israel, p. 100, par. 90.

95. Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 319 et ss. Et voir Jenks, International Adjudication, pp. 492 in fine — 493.

96. Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 128 et ss.

97. C.I.J. Recueil 1962, Separate Opinion of Sir Louis Mbanefo, p. 440.

98. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3 et ss. Et voir Vallée, Estoppel, p. 951, note 4.

heavily on estoppel or preclusion, the question posed here is in the first place a question of the Court's finding a rule of law. The Court in its Judgment does not accept the application of the link theory to juristic persons. Since I have reached the conclusion that the existence of a link between a corporation holding a 'charter of convenience' and the State granting the charter, is the key to the diplomatic protection of multinational corporate interests, I cannot avoid the problems of law and fact on any such basis as the application of the doctrine of estoppel in this particular case »⁹⁹ ;

— dans *l'affaire du Sahara occidental* (1975)¹⁰⁰, M. Dillard a considéré, évoquant la thèse espagnole selon laquelle le principe de l'autodétermination, reconnu par de nombreuses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, avait pour effet de rendre entièrement sans objet et sans but les questions de caractère historique soumises à la Cour, qu'une telle thèse reposait sur la prémisse que l'Assemblée générale « had already foreclosed itself by its former resolutions or that a kind of estoppel was operative against the claims of the Kingdom of Morocco and the Islamic Republic of Mauritania by virtue of their approval of them. But this contention attempts to prove too much since clearly the General Assembly has not forfeited its paramount supervisory over any future decolonization process including the Western Sahara »¹⁰¹.

B. — *Parallèle établi entre l'estoppel lato sensu et certaines « doctrines » ou « maximes » juridiques.*

47. Exemples tirés de la jurisprudence arbitrale. — Des tribunaux se sont référés parfois à *l'estoppel* largement entendu en soulignant les analogies qu'il présentait à leur avis avec d'autres institutions juridiques, généralement tirées du droit romain, ou en le décrivant comme un principe général de droit reconnu par divers systèmes juridiques. Ils ont mis l'accent, dans certains cas, sur des éléments similaires à ceux que la *common law* a établis pour *l'estoppel by representation*.

— Dans *l'affaire Flegenheimer* (1958)¹⁰², la Commission de conciliation italo-américaine a dressé à deux reprises un parallèle entre l'« institution anglo-saxonne de *l'estoppel* » et la « maxime *non concedit venire contra factum proprium* »¹⁰³.

99. C.I.J. Recueil 1970, *Separate Opinion of Judge Jessup*, p. 359.

100. *Sahara occidental, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1975, p. 12 et ss.

101. *Ibid.*, *Separate Opinion of Judge Dillard*, p. 122.

102. Références données *supra*, p. 69, note 29. Et voir Franco Mosconi, « Il caso Flegenheimer », *Diritto internazionale* 1961, pp. 82-83, Youakim, *Estoppel*, p. 239, Müller, *op. cit.*, p. 34, Vallée, *Estoppel*, p. 986, note 131, et p. 987, note 134.

103. Cf. A.S.D.I. 1961, p. 215 et pp. 218-219.

Elle a rejeté tout d'abord un argument italien basé sur la « théorie de la nationalité apparente »¹⁰⁴, déclarant notamment :

« Au point de vue juridique, la Commission relève que la doctrine de la nationalité apparente ne peut pas être considérée comme reçue dans le droit des gens.

On rencontre dans la jurisprudence internationale des décisions fondées sur la maxime *non concedit venire contra factum proprium*, qui correspond à l'institution anglo-saxonne de l'*estoppel*; elle permet à un Etat défendeur de s'opposer à la recevabilité d'une action dirigée contre lui par l'Etat national d'un prétendu lésé, lorsque celui-ci a négligé d'indiquer sa nationalité véritable, ou l'a dissimulée, ou en a invoqué une autre à l'époque du fait générateur du litige, ou lorsque cet Etat national a fait des communications erronées à un autre Etat et a ainsi déterminé la ligne de conduite de ce dernier...¹⁰⁵.

Dans la présente cause, on ne rencontre aucune nationalité apparente, artificiellement créée ni par un Etat tiers, l'Allemagne, ni par l'intéressé, Albert Flegenheimer; celui-ci était de bonne foi lorsqu'il a usé de son passeport allemand après un décret, qu'il ignorait portant déchéance de son indigénat allemand, car il n'a été investi que de la seule nationalité allemande de 1894 à 1940 »¹⁰⁶.

Elle a estimé ensuite ne pas pouvoir reconnaître le bien-fondé d'un argument des Etats-Unis, selon lequel la traduction italienne d'une disposition du Traité de Paix avec l'Italie de 1947 pouvait être opposée à l'Italie, bien qu'elle n'ait pas de valeur authentique, parce qu'elle correspondait exactement au texte russe (l'un des trois textes authentiques), qu'elle exprimait de façon claire et non équivoque le sens attribué par le Gouvernement italien à cet article du Traité et que « le Gouvernement italien n'est plus recevable, en vertu de la doctrine de l'*estoppel*, à donner une autre signification à cette disposition pour modifier l'étendue de ses obligations »¹⁰⁷, en soulignant :

104. L'Italie avait soutenu que Flegenheimer ne pouvait se prévaloir maintenant de la nationalité américaine pour bénéficier des avantages que le Traité de Paix avec l'Italie de 1947 garantissait aux nationaux des Nations Unies puisqu'il s'était prévalu de la nationalité allemande, lors d'une vente intervenue en 1941, pour obtenir en matière de transfert de devises des facilités que l'Italie réservait aux ressortissants des pays qui étaient ses alliés et qu'il avait fait constamment usage en ce temps d'un passeport allemand, même après sa dénationalisation *ex auctoritate* en Allemagne en 1940 (cf. A.S.D.I. 1961, p. 214, par. 63).

105. La Commission s'est notamment référée ici à un passage de l'arrêt de la C.P.J.I. dans l'affaire de *Chorzów* qui — comme on l'a vu *supra*, p. 83, et comme on le constatera encore *infra*, p. 212 — ne se réfère pas à l'*estoppel*, mais fait simplement état d'une déchéance encourue par une Partie du fait d'un acte illicite et ne peut être mentionné dans le contexte de l'*estoppel* qu'en partant d'une conception extensive de cette règle.

106. A.S.D.I., 1961, pp. 215-216.

107. *Ibid.*, pp. 217-218. Les Etats-Unis avaient affirmé que la disposition en question du Traité de Paix avec l'Italie, qui stipule « L'expression 'ressortissants des Nations Unies' comprend également toutes les personnes physiques ... qui, aux termes de la législation en vigueur en Italie pendant la guerre, ont été traitées comme ennemies », avait pour effet d'inclure dans les « nationaux des Nations Unies » des personnes qui n'avaient pas nécessairement été « traitées » comme ennemies mais « considérées » comme telles aux termes des lois italiennes en vigueur pendant la guerre, et cela parce que le mot *ramasstrivat*

« Il n'est ... pas admissible de retenir la traduction italienne du Traité de Paix pour corroborer l'un des trois textes authentiques, ni de soutenir que le Gouvernement italien soit lié par le texte italien, en ce que celui-ci révélerait comment l'Italie a compris les obligations résultant du Traité. La Commission estime que le principe de l'estoppel ou *non concedit venire contra factum proprium* ne pourrait être opposé à la Partie défenderesse que si, par des déclarations aux Etats contractants, ou des actes concluants, ou même une attitude régulièrement observée à leur égard, elle avait donné à l'article 78, par. 9a) al. 2 du Traité de Paix une interprétation correspondante au texte russe, mais non pas par une traduction sans valeur officielle et qui, d'après les déclarations de l'Agent du Gouvernement italien, est en réalité l'œuvre collective de tous les Etats cocontractants qui, expressément, ne lui ont pas reconnu un caractère authentique. Elle est donc sans signification juridique internationale et l'Italie n'a jamais accepté le sens qui résulte du texte russe. » ¹⁰⁸

— Dans l'affaire « *Différends Sociétés Dufay et Gigandet et autres* » (1962) ¹⁰⁹, la Commission de conciliation franco-italienne a écarté un argument subsidiaire du Gouvernement français « tiré de la doctrine anglo-saxonne de l'estoppel », argument selon lequel le Gouvernement italien ne peut pas valablement s'opposer aux requêtes françaises relatives aux dommages de guerre causés en Somalie italienne, parce qu'il aurait reconnu devant le Conseil de Tutelle des Nations Unies sa responsabilité au cas où de tels dommages existeraient au détriment des ressortissants des Nations Unies » ¹¹⁰, en faisant valoir que l'Italie n'avait reconnu devant aucun organe international que le Traité de Paix avec l'Italie était applicable à l'ancienne colonie de la Somalie italienne et que seule une telle reconnaissance lui aurait permis « d'examiner l'applicabilité de l'objection résultant du principe de l'estoppel » (*non concedit venire contra factum proprium*) » ¹¹¹.

— Dans l'affaire de la frontière des Andes ¹¹², chacune des deux Parties au litige (l'Argentine et le Chili) avait soutenu — sans invoquer

du texte russe de ladite disposition n'avait qu'une signification possible, celle de « considérées », et que, dans la traduction du Traité en langue italienne, ce terme était rendu par l'expression *considerate*, qui correspondait exactement au texte russe.

108. *Ibid.*, pp. 218 in fine - 219.

109. Commission de conciliation franco-italienne, *Différends Sociétés Dufay et Gigandet et autres*, décision N° 284 rendue le 9 juillet 1962, *Recueil des décisions*, septième fascicule, p. 55 et R.S.A.N.U., vol. XVI, p. 197 et ss. Et voir Daniel Vignes, « Commission de conciliation franco-italienne », *A.F.D.I.* 1962, p. 365, note 7, Vallée, *Estoppel*, p. 977, note 99.

110. R.S.A.N.U., *op. cit.*, p. 219.

111. *Ibid.*

112. Références données *supra*, p. 69, note 33. Et voir Jean-Pierre Cot, « L'affaire de la frontière des Andes (Sentence arbitrale de la reine Elisabeth II du 9 décembre 1966) », *A.F.D.I.* 1968 (ci-après mentionné « Cot, Frontières des Andes »), pp. 246-248, Müller, *op. cit.*, p. 33, Vallée, *Estoppel*, p. 970.

expressément l'estoppel, semble-t-il¹¹³ — que son adversaire était forclos (*precluded*) à affirmer que la ligne-frontière entre leurs pays devait être délimitée comme il le prétendait dans la présente instance puisqu'il avait adopté précédemment, à diverses reprises, une position totalement différente à ce sujet. Le tribunal a considéré que l'on se trouvait ici en présence d'un argument fondé sur l'estoppel, mais, se rendant compte qu'il accordait à cette notion un sens plus étendu que celui qu'elle a dans la *common law*, il a tenu à expliquer sa conception extensive de la règle en se référant aux observations d'un juge de la Cour internationale de Justice, souvent citées par les partisans de l'estoppel *lato sensu*¹¹⁴ :

« Estoppel

It seems clear from the decision of the International Court of Justice in the *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, *Merits*, (I.C.J. Reports 1962, p. 6), and especially from the learned Separate Opinion of Vice-President Alfaro in that case, that there is in international law a principle, which is moreover a principle of substantive law and not just a technical rule of evidence, according to which 'a State party to an international litigation is bound by its previous acts or attitude when they are in contradiction with its claims in the litigation'. (See Vice-President Alfaro's Opinion at page 39 of the report). This principle is designated by a number of different terms, of which 'estoppel' and 'preclusion' are the most common. But it is also clear that these terms are not to be understood in quite the same sense as they are in municipal law. With that qualification in mind, this Court will employ the term 'estoppel'.

Again to quote from the same Opinion of Vice-President Alfaro : 'Whatever term or terms be employed to designate this principle such as it has been applied in the international sphere, its substance is always the same : inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible (*allegans contraria non audiendus est*)'. That this principle can operate with decisive effect in international litigation, and especially in a boundary dispute, is clear from the *Temple* case itself ... Not surprisingly, both Parties to the present litigation have sought to pray in aid this doctrine of estoppel. »¹¹⁵

Ayant donné cette définition, il a rejeté les « estoppels » allégués. Il a estimé en effet, à la suite d'un examen des différents actes et déclarations invoqués par les Parties à l'appui de leur argument respectif, que les contradictions que l'on pouvait relever dans les positions successives de chacun de ces Etats n'étaient pas suffisamment caractérisées pour fonder un *estoppel*¹¹⁶, et il a conclu :

« Accordingly, the Court finds that no claim of estoppel is made

113. Un telle invocation ne ressort en tout cas pas des conclusions des Parties : cf. *R.S.A.N.U.*, vol. XVI, p. 126 (E) et (G), p. 131, par. 14, p. 137, par. 33, pp. 137-138, par. 39, p. 139, par. 47 et pp. 164-166.

114. Il s'agit de l'opinion individuelle de M. Alfaro dans l'affaire du temple de Preah Vihear (1962), examinée *infra*, pp. 127-129.

115. *R.S.A.N.U.*, *op. cit.*, p. 164.

116. *Ibid.*, pp. 164-166.

out by either Party against the other, and that therefore both Parties are free without preclusion of any kind to put forward their respective contention as regards the course of the boundary.»¹¹⁷

— C'est également en citant de larges extraits de l'opinion individuelle susmentionnée de M. Alfaro que, dans *l'affaire de la frontière occidentale indo-pakistanaise* (1968)¹¹⁸, le membre du tribunal désigné par l'Inde, M. Ales Bebler, a souligné — dans son opinion dissidente — l'importance que le droit international lui paraissait accorder aux principes de l'acquiescement et de la reconnaissance, de même qu'à l'estoppel et à la prescription qui sont leur corollaires, en matière de délimitation de frontières non établies par la voie conventionnelle¹¹⁹. Il a notamment déclaré :

« Why are all those boundaries, not born in treaties, binding boundaries? Where resides their legal force? It is obvious that the legal force of such boundaries is the result of an agreement of the neighbours expressed in their lasting acceptance of a given boundary alignment, be it a tacit acceptance or an outspoken one. The case of a tacit acceptance has acquired, in legal doctrine the technical term of acquiescence, and the outspoken one the technical term, of recognition.

.....

To clarify this point it is useful to examine more closely the applicable principles of International Law, the principles of acquiescence and of recognition (with their corollaries such as estoppel, prescription etc.).

The most recent important case of international adjudication in boundary matters, the case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) before the International Court of justice, gave this important judicial body a fresh opportunity to ponder those principles and to apply them. They became the essential basis of the Court's decision.

.....

In his separate opinion the Vice-President of the Court, M. Alfaro, gave a remarkable analysis of the Principles applied by the Court — principles to which he, in his own words, attributed great weight.

M. Alfaro considers the above-mentioned principles as one principle with multiple aspects and multiple effect. He calls it, in Spanish, 'doctrina de los actos propios', or in English, 'the principle of the binding effect of a State's own acts with regard to rights in dispute with another State' and has 'no hesitation in asserting

117. *Ibid.*, p. 166.

118. *Rann of Kutch Arbitration in The Indo-Pakistan Western Boundary Case Tribunal*, entre l'Inde et le Pakistan, sentence du 19 février 1968 (New Dehli : The Government of India (ed.), 1968). De larges extraits sont reproduits dans *The Indian Journal of International Law*, vol. 8, 1968, pp. 75-128, 246-265. Le tribunal était composé d'un président (M. Gunnar Lagergren), d'un membre désigné par l'Inde (M. Ales Bebler) et d'un membre désigné par le Pakistan (M. Nasrollah Entezam). Et voir Müller, *op. cit.*, pp. 48-51, A.L.W. Munkman, « Adjudication and Adjustment — Judicial Decision and the Settlement of Territorial and Boundary Disputes », *B.Y.B.I.L.* 1972-1973, p. 1 et ss., aux pp. 76-78.

119. *The Indian Journal of International Law*, *op. cit.*, *Dissenting Opinion of Judge Ales Bebler*, p. 104.

that this principle, known to the world since the days of the Romans, is one of the 'general principles of law recognized by civilized nations' ... '»¹²⁰

Il a mentionné ensuite les nombreuses maximes juridiques romaines que M. Alfaro avait prises en considération — comme on le verra plus loin dans le détail¹²¹ — pour définir le principe en question et il considéré, à l'instar de M. Alfaro, que l'on se trouvait ici en présence d'un principe de fond appliqué ou reconnu par de nombreux tribunaux internationaux, et non d'une simple règle de preuve¹²². Il s'est alors attaché à démontrer que le Pakistan était irrecevable (*was precluded*), en tant que successeur de la Grande-Bretagne, à revendiquer une quelconque portion de territoire au-delà de la ligne-frontière que la Grande-Bretagne avait expressément reconnue, ou à laquelle elle avait acquiescé, dans l'exercice de ses droits souverains ou en tant qu'Etat suzerain (*Paramount Power*), avant l'indépendance des deux pays en 1947¹²³.

120. *Ibid.*, pp. 104-105.

121. *Infra*, p. 129.

122. *The Indian Journal of International Law*, op. cit., pp. 106-107.

123. *Ibid.*, p. 107 et ss.

CHAPITRE II

L'AFFRONTLEMENT ENTRE LES CONCEPTIONS EXTENSIVE ET RESTRICTIVE DE L'ESTOPPEL

48. Remarques introductives. — C'est essentiellement devant la Cour de La Haye que les deux conceptions générales opposées de l'*estoppel* ont parfois donné lieu, dans une même affaire, à de vastes discussions entre les Parties ou entre les juges eux-mêmes. Un tel débat contradictoire n'apparaît pas en effet — d'après ce que l'on a pu constater, tout au moins — dans les pièces de la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats et de la pratique des Organisations internationales, non plus que dans les documents de la jurisprudence arbitrale.

L'importance que ces discussions devant la Cour de La Haye revêtent aux fins de la construction juridique de l'*estoppel* en droit international justifie que l'on cite, dans leur texte faisant foi, de larges extraits des différents avis émis à ce sujet par des Parties ou des juges. L'intérêt de ces discussions est d'autant plus grand qu'elles permettent de mieux comprendre les raisons pour lesquelles la Cour internationale, qui n'a jamais procédé elle-même à une analyse de ces diverses thèses dans ses arrêts et avis consultatifs, s'est nettement prononcée — comme on le constatera ¹²⁴ — en faveur de la conception restrictive de l'*estoppel* et a déterminé la nature juridique et les éléments constitutifs de cette règle en s'inspirant clairement, et directement, de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*.

49. Affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube (1927) ¹²⁵. — La question se posait notamment de savoir si, comme le prétendait la Roumanie, le Traité de Londres de 1883 qui, conclu sans sa participation, avait étendu la compétence de cette

124. *Infra*, pp. 150-151 (affaire des emprunts serbes), 162-164 (affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires), 167-170 (affaires du plateau continental de la mer du Nord).

125. Références données, *supra*, p. 68, note 22. L'ensemble de la discussion sur l'*estoppel* est reproduit dans *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 985-991. Et voir Dominici, *Estoppel*, p. 336, note 20, et Vallée, *Estoppel*, pp. 966-968.

Commission en territoire roumain jusqu'à Braïla était *res inter alios acta* pour elle et ne lui était donc pas opposable ou si, comme l'affirmait la Grande-Bretagne en invoquant l'*estoppel* ¹²⁶, la Roumanie n'était pas recevable, en raison de sa conduite, à contester la validité de ladite extension. Le Mémoire britannique avait fait valoir à ce propos, mais sans évoquer les différents éléments constitutifs de la règle en droit interne, que la Commission européenne avait exercé ses fonctions dans le secteur considéré dès 1883 et y avait exécuté divers travaux avec le plein assentiment de la Roumanie et, de plus, qu'un représentant roumain avait participé aux réunions de la Commission ¹²⁷. Plaidant pour la Roumanie, M. Charles De Visscher s'est vivement élevé contre l'« argumentation que le Mémoire britannique a déduite d'une théorie du droit anglais, la théorie de l'*estoppel* » ¹²⁸, en soulignant que les rigoureuses conditions d'application de la règle n'étaient pas remplies en l'espèce. Partant en effet d'une conception restrictive de l'*estoppel*, il a avancé :

« Même, dit le Mémoire britannique, si la Roumanie n'était pas liée par le Traité de Londres comme tel, encore faudrait-il admettre qu'en fait, la Roumanie a admis dans la suite l'extension de la compétence territoriale jusqu'à Braïla et que, de ce fait, la Roumanie est irrecevable à contester le caractère régulier et obligatoire de cette extension.

Il s'agit ici ... d'une théorie qui se ramène, en somme, à une exception d'irrecevabilité ; le Gouvernement roumain, dit-on, n'est pas recevable à plaider la nullité du Traité de Londres, parce que sa conduite donne un démenti à cette thèse. C'est ce que l'on pourrait appeler en français, je pense, une forclusion par l'effet d'une conduite contraire.

L'application de cette théorie anglaise aux relations internationales ... n'est pas une question bien définie. Sans doute ... je puis admettre qu'un Etat, pas plus qu'un individu, ne peut à la fois souffler le chaud et le froid ; *It cannot, on the same time, blow hot and cold*. Un Etat ne peut se prévaloir, suivant l'intérêt du moment, d'attitudes contradictoires. Mais tel n'est pas le cas.

La fin de non-recevoir que l'on nous oppose, cette exception d'irrecevabilité que l'on brandit, ne saurait, de l'avis des cours britanniques elles-mêmes, être admise que moyennant deux conditions qui font absolument défaut ici.

Il faut tout d'abord — c'est incontestablement la condition essentielle pour que l'exception d'irrecevabilité soit admise — qu'il y ait une contradiction réelle et complète entre la thèse actuellement avancée par un gouvernement et la conduite antérieure de ce gouvernement. Il faut que l'opposition soit telle que cette conduite

126. *Compétence de la Commission européenne du Danube, C.P.J.I., série C N° 13-IV (IV), Mémoire du Gouvernement britannique*, p. 1751 : « *Estoppel of Roumania by her conduct from denying the validity of the extension of the authority of the Commission to Braïla* ».

127. *Ibid.*, pp. 1774-1775.

128. *Ibid.*, série C N° 13-IV (I), *Discours de M. De Visscher (Roumanie)*, p. 181.

antérieure du gouvernement donne en quelque sorte à son soutènement actuel un démenti absolu : tel n'est nullement le cas ici.

Quelle a été la conduite antérieure de la Roumanie ? Tout en ne cessant de protester contre l'attitude du Traité de Londres à son égard, elle a bénévolement consenti à la Commission européenne des pouvoirs purement techniques sur le secteur litigieux ; elle a toujours, et de la façon la plus constante, protesté contre l'exercice des pouvoirs juridictionnels.

Cette conduite, Messieurs, ne traduit aucune contradiction, elle est en conformité, en accord complet avec la thèse que le Gouvernement roumain soutient aujourd'hui devant vous.

Une deuxième condition est exigée pour que l'exception d'irrecevabilité puisse être reçue, et cette deuxième condition est encore absente ici. L'exception n'est recevable que si celui qui l'invoque, si celui qui s'en prévaut, se trouve exposé à subir un dommage injuste, au cas où son adversaire serait admis à démontrer le bien-fondé de sa thèse. Il faut, en d'autres termes, que celui qui invoque l'exception d'irrecevabilité puisse dire à son adversaire : 'votre conduite antérieure m'a induit en erreur, j'ai été trompé : c'est à cause d'elle que je me suis comporté de telle ou telle façon ; vous ne pouvez pas, aujourd'hui, m'opposer une thèse qui, si elle était reconnue fondée, me causerait un préjudice'.

Je dis, Messieurs, que cette deuxième condition fait également défaut ici » ¹²⁹.

M. De Visscher a rappelé alors que la Roumanie avait présenté des protestations formelles et réitérées contre les abus de juridiction de la Commission européenne et que jamais aucune voix ne s'était élevée du côté des Puissances concernées contre ces protestations ¹³⁰.

Dans sa réplique, le représentant de la Grande-Bretagne, sir Douglas Hogg, s'est demandé s'il n'était pas dangereux de pousser trop loin en droit international les analogies avec le droit privé interne, mais il a estimé que les conditions énoncées par M. De Visscher étaient satisfaites en l'espèce :

« A question was raised by M. De Visscher with regard to the length to which the doctrine of estoppel could be applied. I doubt myself whether it is not a little dangerous to press too far these supposed analogies of private municipal law. But if the English law of estoppel were to be applied, there is no doubt that both the conditions which he cites are satisfied in this case. There must, he says, in order to create estoppel, be an inconsistency between the attitude originally adopted and that now sought to be adopted. He seeks to show that this condition is not satisfied by saying that Roumania agreed only to give technical powers to the Commission and therefore is not estopped from denying its jurisdictional competence. That argument breaks down for the reason that there is no evidence to sustain that conclusion of fact. He says further that, in order to constitute and estoppel, the position taken up must have

129. *Ibid.*, pp. 181-182.

130. *Ibid.*, p. 183.

been acted upon by those who assert the estoppel. But in the present case it is common ground that for some thirty years the European Commission has been undertaking the burden and the expenses of maintaining the channel between Braila and Galatz and providing the various technical services to which allusion has been made on the faith of the attitude of the Roumanian Government with regard to its powers within that sector. »¹³¹

La C.P.J.I., ayant éliminé de son raisonnement le Traité de Londres, n'a pas statué sur la question de l'*estoppel*, de sorte que l'exégète reste sur sa faim. On peut retenir cependant avec intérêt cette évocation, par les deux Parties, de certains des éléments constitutifs mis au point par le droit anglais pour l'*estoppel by representation*.

50. *Affaire du statut juridique du Groënland oriental* (1933)¹³².

— Les deux Parties au litige (le Danemark et la Norvège) ont invoqué l'*estoppel*, mais les positions contradictoires qu'elles ont prises l'une et l'autre à son sujet témoignent de leur difficulté à le définir, à en déterminer clairement la nature juridique, la portée et les effets et à en établir de façon précise les éléments constitutifs. La C.P.J.I., qui n'a mentionné expressément que l'un des *estoppels* allégués et ne l'a pas retenu, n'a pas donné d'indications théoriques dont on puisse tirer des conclusions certaines sur la construction juridique de cette règle en droit international, et aucun juge n'a émis un avis sur ce point dans son opinion individuelle ou dissidente.

Les faits dont la connaissance est nécessaire pour comprendre les arguments des deux Parties fondés sur l'*estoppel* peuvent être brièvement résumés comme suit¹³³ : le Gouvernement danois, s'étant attaché depuis un certain nombre d'années à obtenir la reconnaissance par les Puissances principalement intéressées de la souveraineté du Danemark sur le Groënland et désireux d'étendre à l'ensemble de ce territoire ses intérêts politiques et économiques, avait, en 1919, chargé son ministre à Oslo de dire au ministre norvégien des Affaires étran-

131. *Ibid.*, *Réplique de sir Douglas Hogg* (Grande-Bretagne), p. 274.

132. Références données *supra*, p. 69, note 25. L'ensemble de la discussion sur l'*estoppel* est reproduit dans *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 1001-1013. Et voir en particulier Georg Schwarzenberger « The fundamental Principles of International Law », *R.C.A.D.I.*, 1955, vol. I, pp. 253-254, 257, 259, Bowett, *Estoppel*, pp. 182, 185, 188-189, 191 notes 3 et 5, 192, sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Londres : Stevens & Sons, 1958, ci-après mentionné « Lauterpacht, *The Development of International Law* »), p. 169, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 470, 473, note 28, 481, 485, Roche, *op. cit.*, pp. 137-138, Menzel, *op. cit.*, p. 442, McNair, *The Law of Treaties*, pp. 10, 486-487, Mosconi, *Estoppel*, pp. 394, 402, Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 105, 113, Jennings, *op. cit.*, pp. 38, 43, Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, pp. 166, note 1, 175, 181, 186-187, 191, Jenks, *International Adjudication*, pp. 327, 541, Venturini, *op. cit.*, pp. 373, 382 *in fine* — 383, 397-398, 416-417, Dominicé, *Estoppel*, pp. 348-349, Youakim, *Estoppel*, pp. 13-16, 40-41, 47, 54, Müller, *op. cit.*, pp. 13-22, Charles De Visscher, *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public* (Paris : Pedone, 1972, ci-après mentionné « Ch. De Visscher, *De l'équité* »), p. 51, Vallée, *Estoppel*, pp. 968, note 69, 970, note 77, 974-975.

133. Cf. *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, p. 1001.

gères, M. Ihlen, qu'il comptait qu'une telle extension ne rencontrerait pas de difficultés de la part du Gouvernement norvégien, et M. Ihlen avait répondu que son Gouvernement ne ferait pas difficultés au règlement de cette affaire. Or, par une résolution royale du 10 juillet 1931, le Gouvernement norvégien avait déclaré procéder à l'occupation des territoires du Groënland oriental.

Thèses des Parties.

Le Danemark a soutenu devant la Cour que l'assurance donnée par M. Ihlen liait définitivement la Norvège et correspondait d'ailleurs à une attitude norvégienne adoptée de longue date¹³⁴. S'élevant contre cette assertion, la Norvège a affirmé que le Danemark n'était entré en possession que de la partie colonisée de la côte sud-ouest du Groënland¹³⁵ et elle a avancé :

« ... Le Gouvernement danois est-il libre aujourd'hui de plaider qu'il a détenu la souveraineté sur tout le Groënland depuis le XVIII^e siècle, quand précédemment, en tant d'occasions, et notamment vis-à-vis du Gouvernement norvégien, il a reconnu qu'il ne possédait pas cette souveraineté et a provoqué de la part d'autres Puissances des actes basés sur cette supposition ? Peut-on admettre le droit du Danemark à faire examiner son affirmation de l'exercice, en fait et en droit, d'une souveraineté sur tout le Groënland depuis des temps anciens, quand il a explicitement reconnu, et notamment devant le Gouvernement norvégien, qu'il n'a eu tout le Groënland en possession ni réelle ni formelle et quand il a même engagé, envers la Norvège et d'autres Puissances, une action diplomatique fondée sur cette conception ?

Les tribunaux britanniques et américains auraient probablement dans un cas semblable appliqué le principe de l'*estoppel* et arrêté toute procédure. Il est admis que ce principe vaut également en droit international. »¹³⁶

Elle a procédé alors à une étude de l'*estoppel* en droit international en se basant essentiellement sur des auteurs qui avaient à son avis très largement défini ce principe et sur des décisions arbitrales qui, pour la plupart, s'étaient bornées à utiliser le terme d'*estoppel* pour décrire l'effet d'actes juridiques internationaux tels que la reconnais-

134. Cf. *Statut juridique du Groënland oriental*, C.P.J.I. série C N° 62, *Mémoire du Gouvernement danois*, p. 108. Le Mémoire danois a notamment affirmé que tout au cours du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, la Norvège n'avait — comme le prouvaient différents traités, déclarations et actes — pas fait la moindre objection à la souveraineté danoise pleine et entière sur tout le Groënland, y compris l'ensemble du Groënland oriental, n'avait jamais manifesté ni en paroles, ni en actes, qu'elle estimait avoir le droit de considérer le Groënland oriental ou une quelconque partie de celui-ci comme une *terra nullius*, mais avait bien au contraire, chaque fois qu'elle en avait eu l'occasion, expressément ou tacitement reconnu la souveraineté du Danemark sur le Groënland tout entier.

135. *Ibid.*, *Contre-mémoire du Gouvernement norvégien*, p. 470. Le Contre-Mémoire s'est attaché à montrer qu'il existait un très grand nombre de déclarations émanant d'autorités et d'institutions officielles danoises, de même que de publicistes et d'hommes politiques danois, qui avaient reconnu que la souveraineté danoise sur le Groënland était limitée aux territoires colonisés.

136. *Ibid.*, pp. 489-490.

sance ou la renonciation, ou ne l'avaient pas employé du tout et ne pouvaient être mentionnées dans ce contexte qu'en partant d'une conception extensive de la règle¹³⁷.

Le Danemark a contesté le bien-fondé de cette thèse en soulignant que les documents officiels énumérés par la Norvège¹³⁸ soutenaient tous au contraire le point de vue que la souveraineté danoise s'appliquait d'ancienne date à l'ensemble du Groënland¹³⁹ et, se prononçant en faveur d'une définition stricte de l'estoppel, il a rétorqué :

« La règle de l'estoppel ne saurait à bon droit être invoquée par la Norvège à l'encontre du Danemark, attendu que le Gouvernement danois n'a jamais adopté à l'égard de la Norvège le point de vue qu'une partie du Groënland serait *terra nullius*. Par contre, le Danemark invoque cette règle à l'encontre de la Norvège, étant donné que, pendant une longue période de temps, ce pays a reconnu, à maintes reprises, la souveraineté du Danemark sur l'ensemble du Groënland et obtenu du Danemark des avantages en compensation de cette reconnaissance, de telle sorte qu'elle ne peut plus la révoquer. »¹⁴⁰

Commentant l'analyse de l'estoppel à laquelle la Norvège avait procédé, il a affirmé qu'elle s'était complètement méprise sur le caractère et la portée de cette règle¹⁴¹. Il a fait observer, d'une part, que les auteurs qu'elle avait cités n'avaient pas donné une définition aussi large de l'estoppel mais avaient repris au contraire la définition classique de l'estoppel *in pais*, qui met l'accent sur un certain nombre d'éléments constitutifs de cette règle¹⁴², et, d'autre

137. *Ibid.*, pp. 490-493. Le Contre-Mémoire norvégien a notamment cité un passage tiré de Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 204-205, où cet auteur affirme que « In substance, the principle underlying estoppel is recognised by all systems of private law... Where the Anglo-American lawyer refers to estoppel, the continental jurist will usually say that the party is 'precluded' from asserting a fact or putting forward a demand. But apart from the differences in terminology and from the fact that in the common law countries the doctrine has received a more thorough and systematic treatment, there is nothing that would justify us in asserting that the position is radically different in various systems of law ». Le Contre-Mémoire s'est référé ensuite à des sentences arbitrales dont les unes — telles celles rendues dans l'affaire de la mer de Behring (cf. *infra*, p. 124, note 250, et pp. 174-175), dans l'affaire du traitement préférentiel de réclamations contre le Venezuela (cf. *infra*, pp. 177-178), et dans l'affaire de l'indemnité russe (cf. *infra*, pp. 178-179) — n'utilisent pas le terme d'estoppel, alors que d'autres — telle celle rendue dans l'affaire du fonds pieux des Californies (cf. *supra*, p. 79) — constituent des exemples d'une simple invocation de l'estoppel *lato sensu* et que d'autres enfin — celles rendues dans l'affaire des frontières de la Guyane britannique (cf. *infra*, p. 140) et dans l'affaire Tinoco (cf. *infra*, pp. 142-145) — donnent une définition stricte de l'estoppel calquée sur celle de l'estoppel *by representation* de la *common law*. Ces diverses citations dénotaient donc une grande indétermination théorique au sujet de l'estoppel.

138. Cf. *supra*, p. 97, note 135.

139. Cf. C.P.J.I. série C N° 63, *Réplique du Gouvernement danois*, pp. 825-839.

140. *Ibid.*, p. 839 (texte en italiques dans la Réplique danoise).

141. *Ibid.*, pp. 839-842.

142. *Ibid.*, p. 840. La Réplique danoise a souligné, entre autres, que Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 203, avait avancé une définition de l'estoppel tirée de la jurisprudence britannique, à savoir celle donnée par Lord Denman dans l'affaire *Pickard v. Sears* qui — comme on l'a vu *supra*, 1^{re} partie, p. 16,

part, que les décisions arbitrales auxquelles elle s'était référée ne prouvaient rien car elles ne mentionnaient ni le terme ni la doctrine de l'*estoppel*, ou n'avaient pas retenu les arguments d'*estoppel* avancés par les Parties ou encore se rapportaient à des situations qui n'avaient rien de commun avec l'attitude du Danemark à l'égard de la Norvège dans la question du Groënland¹⁴³. Il s'est attaché alors à démontrer que les conditions d'application de l'*estoppel stricto sensu* qu'il invoquait à l'encontre de la Norvège étaient remplies en l'espèce :

« Du côté danois, on n'a aucune espèce de raison de s'opposer à l'application, dans le procès actuel, du principe de l'*estoppel*. Au contraire, le Danemark l'invoque expressément à l'encontre de la Norvège, qui, après avoir pendant plus de cent ans acquiescé à la possession du Groënland par le Danemark, ne peut pas maintenant présenter brusquement des objections contre cette possession. La Norvège n'a d'ailleurs pas seulement reconnu expressément la souveraineté du Danemark sur l'ensemble du Groënland ; elle a reçu des compensations en échange de cette reconnaissance ; elle a, en donnant ladite reconnaissance, amené le Gouvernement danois à entreprendre en faveur de la Norvège certains actes que, dans le cas contraire, le Danemark n'aurait jamais consenti à faire. C'est ainsi que, dans les pourparlers relatifs aux règlements de la dette commune après le Traité de Kiel de 1814, la Norvège a obtenu, en échange de sa renonciation à toute espèce de réclamation sur le Groënland, une diminution très importante de sa part de cette dette. Elle a également, par la reconnaissance renouvelée donnée en 1919 par l'organe de son ministre des Affaires étrangères, obtenu que le Danemark donnât son adhésion à l'acquisition du Spitzberg par la Norvège. C'est pourquoi l'application de la règle de l'*estoppel* a pour effet que la Norvège doit être tenue de reconnaître que le Danemark a la souveraineté sur l'ensemble du Groënland et que sa propre déclaration d'occupation du 10 juillet 1931 constitue un empiètement illégal. »¹⁴⁴

Dans sa réponse¹⁴⁵, la Norvège s'est félicitée que le Danemark ait admis lui aussi l'applicabilité de la règle de l'*estoppel* en droit international et, soulignant qu'il avait mal compris les observations théoriques qu'elle avait présentées à ce propos, elle a cherché à montrer que même si l'on se ralliait à une conception restrictive de cette règle, celle-ci jouait en sa faveur :

« La Réplique [danoise] reconnaît ... que la règle de l'*estoppel* est applicable également en droit international ... Il est donc superflu d'alléguer de nouvelles preuves sur ce point. On signalera seulement

note 43 — fait ressortir très clairement les différents éléments constitutifs de l'*estoppel by representation*. Elle a mentionné aussi l'avis donné en 1924 par McNair (auquel le Contre-Mémoire norvégien s'était référé) dans *Occupation of the Ruhr*, p. 34 : « ... it is essential that the party setting up the estoppel should prove prejudice, that is, that he acted or abstained from action upon it to his detriment. »

143. C.P.J.I. série C N° 62, Réplique du Gouvernement danois, pp. 840-841.

144. Ibid., pp. 841-842.

145. C.P.J.I. série C N° 63, Duplique du Gouvernement norvégien, pp. 1324-1327.

que la Réplique ... a visiblement mal compris l'invocation du Contre-Mémoire [norvégien] ... à la pratique internationale et les citations y afférentes, puisqu'elle cherche à prouver que la règle de l'*estoppel* n'a pas trouvé d'application effective dans les espèces considérées. En effet, comme il ressortait nettement du contexte, l'objet des citations était de démontrer que cette règle était applicable et reconnue en droit international, et non point de déterminer dans quelle mesure elle avait été retenue, dans chacun des cas cités, pour la décision de l'affaire.

D'autre part, la Réplique fait valoir que la règle de l'*estoppel* est d'application si limitée qu'elle ne joue pas en faveur de la Norvège dans la présente affaire, mais au contraire en faveur du Danemark.

C'est là une erreur. Quand même on limiterait l'application de l'*estoppel* dans la mesure que le veut le Danemark, à juger d'après ses citations ..., la Norvège est pleinement justifiée à invoquer ici cette règle. Si la Norvège a pu créer, au cours des années, une activité de chasse comme celle déployée au Groënland oriental, en particulier dans l'Eirik-Raude-Land, d'une part sur la terre ferme, d'autre part en mer à l'intérieur de ce qui serait éventuellement la limite des eaux territoriales, c'est précisément parce que le Danemark, non seulement n'a exercé aucune souveraineté sur ces territoires, mais bien au contraire a montré par des témoignages non équivoques qu'il savait qu'il n'y possédait aucune souveraineté. S'il lui était permis maintenant de rétracter tous ses précédents aveux et d'affirmer une souveraineté qui, selon ses dires, lui donnerait le droit d'interdire la chasse aux Norvégiens, cela entraînerait pour la Norvège un préjudice incontestable, causé par l'action même du Danemark, et c'est là précisément ce que la règle de l'*estoppel* vise à empêcher ... La Norvège est donc pleinement fondée à demander l'application de la règle de l'*estoppel*, même si l'on admettait la définition que le Danemark en propose. Dans ces conditions, il est inutile de soumettre l'exactitude de cette définition à un examen détaillé. » ¹⁴⁶

Elle a estimé, en revanche, que les éléments constitutifs de l'*estoppel* que le Danemark avait invoqué à son encontre n'étaient pas réunis. D'après elle, elle n'avait « jamais reconnu par le moindre témoignage que le Danemark détint la souveraineté sur l'ensemble du continent groënlandais, ou plus particulièrement sur la partie de la côte orientale qui fait l'objet de ce procès » ¹⁴⁷ et le Danemark « n'aurait en aucun cas souffert de ce chef aucune espèce de préjudice, ni pris des mesures qu'autrement il n'aurait pas prises » ¹⁴⁸, étant donné que les actes qu'il avait évoqués à ce propos (son accord à la réduction d'une dette norvégienne et son absence de protestation contre l'acquisition du Spitzberg par la Norvège) étaient entièrement indépendants de l'attitude que la Norvège avait adoptée dans la question de la souveraineté sur le Groënland ¹⁴⁹.

146. *Ibid.*, pp. 1324-1325.

147. *Ibid.*, p. 1326.

148. *Ibid.*

149. *Ibid.*, pp. 1326-1327.

Au cours de la procédure orale, l'avocat du Danemark, M. Charles De Visscher, a déclaré — examinant les faits sur lesquels la Norvège s'était appuyée pour étayer son appel à « la théorie de la forclusion ou de l'« estoppel » en droit anglo-saxon »¹⁵⁰ — qu'il était certainement erroné d'avancer que le fait que des chasseurs norvégiens, c'est-à-dire de simples particuliers, avaient exercé au Groënland oriental une activité purement privée de chasse avait pour conséquence la « forclusion du droit du Danemark quant à la revendication de sa souveraineté »¹⁵¹ ; à son avis, l'attitude passive du Gouvernement danois et son abstention à cet égard se comprenaient parfaitement parce que « rien, dans cette activité purement privée, ne pouvait être considéré par lui comme attentatoire à ses droits souverains »¹⁵². Il a réaffirmé par contre l'argument d'*estoppel* danois et semble avoir marqué quelques hésitation quant à la construction juridique exacte de cette règle, puisqu'il en a donné tout d'abord une définition apparemment moins rigoureuse que celle que le Danemark avait avancée dans la procédure écrite¹⁵³ :

« Il est vrai que l'on peut concevoir des cas où la théorie de la forclusion ou de l'*estoppel* est applicable en droit international, non pas sans doute, je le veux bien, avec tout l'appareil technique dont l'institution est entourée dans le droit anglo-saxon, mais dans son principe, comme principe général de droit. Et, précisément, le Gouvernement danois considère le principe comme parfaitement applicable dans l'espèce, mais à un tout autre usage que celui auquel le destine le Gouvernement norvégien »¹⁵⁴,

et a repris ensuite l'essentiel de la thèse danoise, soulignant à nouveau que, par ses actes, la Norvège avait « décidé le Danemark à lui faire, sur d'autres terrains, des concessions qui étaient la contrepartie du désintéressement de la Norvège au Groënland. Et c'est là précisément ce qui justifie l'application de l'*estoppel* dans le droit anglo-saxon »¹⁵⁵ et s'efforçant de démontrer le lien étroit qui existait entre l'attitude de la Norvège à l'égard du Danemark dans la question du Groënland et les avantages et concessions qu'elle avait obtenus en échange¹⁵⁶. Il a conclu :

« Ainsi, le principe de l'*estoppel* est pleinement applicable à la Norvège, et l'équité la plus élémentaire doit nous conduire à considérer la Norvège comme irrecevable à contester une souveraineté qu'elle n'a pas seulement reconnue, mais dont la reconnaissance lui a valu d'appréciables avantages et de larges compensations. »¹⁵⁷

150. C.P.J.I. série C N° 66, *Exposé de M. De Visscher (Danemark)*, p. 2869.

151. *Ibid.*, pp. 2869 in fine — 2870.

152. *Ibid.*, p. 2870.

153. Cf. *supra*, p. 99.

154. C.P.J.I. série C N° 66, *Exposé de M. De Visscher (Danemark)*, p. 2870.

155. *Ibid.*

156. *Ibid.*, p. 2871.

157. *Ibid.*

Arrêt de la C.P.J.I. ¹⁵⁸.

La Cour permanente a pris sur les deux *estoppels* allégués une position qui ne permet guère de tirer des conclusions sur l'institution de l'*estoppel* en droit international. En effet, se penchant en premier lieu sur l'*estoppel* invoqué du côté norvégien, elle l'a présenté sans prendre en considération les différents éléments sur lesquels la Norvège avait finalement cru devoir mettre l'accent ¹⁵⁹ :

« On the Norwegian side it was maintained that the attitude which Denmark adopted between 1915 and 1921, when she addressed herself to various Powers in order to obtain a recognition of her position in Greenland, was inconsistent with a claim to be already in possession of the sovereignty over all Greenland, and that in the circumstances she is now estopped from alleging a long established sovereignty over the whole country » ¹⁶⁰,

et elle l'a rejeté, après avoir étudié de manière détaillée l'attitude du Danemark dès la première colonisation du Groënland ¹⁶¹ :

« ...there can be no ground for holding that, by the attitude which the Danish Government adopted, it admitted that it possessed no sovereignty over the uncolonized part of Greenland, nor for holding that it is estopped from claiming, as it claims in the present case, that Denmark possesses an old established sovereignty over all Greenland. » ¹⁶²

A-t-elle estimé, partant d'une conception restrictive de l'*estoppel*, que la Norvège n'avait pas réussi à établir à l'appui de son argument l'existence d'une attitude claire et non équivoque du Danemark — premier élément constitutif de l'*estoppel by representation* du droit anglais ¹⁶³ — et qu'il n'y avait dès lors pas lieu d'examiner si les autres éléments de l'*estoppel* technique étaient satisfaits ? S'est-elle ralliée au contraire à une conception plus large de l'*estoppel*, n'utilisant ce terme (dans le seul texte anglais, d'ailleurs) que pour décrire l'effet d'un acte juridique — en l'occurrence la reconnaissance — qui constitue lui-même une institution consacrée par le droit international et dont les conditions ne lui paraissaient pas remplies en l'espèce ? Il est difficile de le savoir puisque, n'ayant pas retenu cet *estoppel* pour la raison susmentionnée, elle n'a pas développé son raisonnement. Doit-on considérer que si elle l'avait admis, elle l'aurait construit rigoureusement pour se conformer à la définition stricte de l'*estoppel* qu'elle avait donnée quelques années auparavant — comme on le verra ¹⁶⁴ — dans l'*affaire des emprunts serbes*, ou doit-on bien plutôt présumer qu'elle aurait alors préféré ne pas recourir au terme d'*estoppel* et se serait bornée à déclarer que l'attitude

158. *C.P.J.I. série A/B* N° 53, p. 22 et ss.

159. Cf. *supra*, pp. 99 *in fine* - 100.

160. *C.P.J.I. série A/B* N° 53, p. 45.

161. *Ibid.*, pp. 45-62.

162. *Ibid.*, p. 62.

163. Cf. *supra*, pp. 20-21.

164. *Infra*, pp. 150-151.

du Danemark était constitutive d'un acte juridique (accord, reconnaissance) opérant par lui-même et privant le Gouvernement danois de la faculté d'affirmer sa souveraineté sur le territoire litigieux ? Cette question reste ouverte, d'autant plus que, s'agissant de l'*estoppel* invoqué du côté danois, elle a admis — sans parler cette fois-ci d'*estoppel* et sans se prononcer par conséquent sur les éléments techniques que le Danemark s'était attaché à établir pour étayer sa thèse — qu'une forclusion découlait pour la Norvège des engagements qu'elle avait contractés en relation avec le Groënland. Elle a déclaré en effet, après avoir examiné les différents engagements qui, de l'avis du Danemark, impliquaient reconnaissance par la Norvège de la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland ¹⁶⁵ :

« The Court holds that, in consequence of the various undertakings resulting from the separation of Norway and Denmark ..., Norway has recognized Danish sovereignty over the whole of Greenland and consequently cannot proceed to the occupation of any part thereof.

A second series of undertakings by Norway, recognizing Danish sovereignty over Greenland, is afforded by various bilateral agreements concluded by Norway with Denmark, and by various multilateral agreements to which both Denmark and Norway were contracting Parties, in which Greenland has been described as a Danish colony or as forming part of Denmark or in which Denmark has been allowed to exclude Greenland from the operation of the agreement.

.....

In accepting these bilateral and multilateral agreements as binding upon herself, Norway reaffirmed that she recognized the whole of Greenland as Danish ; and thereby she has debarred herself from contesting Danish sovereignty over the whole of Greenland, and, in consequence, from proceeding to occupy any part of it. » ¹⁶⁶

Elle a attribué le même effet à la déclaration de M. Ihlen :

« It follows that, as a result of the undertaking involved in the Ihlen declaration of July 22nd, 1919, Norway is under an obligation to refrain from contesting Danish sovereignty over Greenland as a whole, and *a fortiori* to refrain from occupying a part of Greenland. » ¹⁶⁷

Il lui a paru donc suffisant d'affirmer, indépendamment de l'*estoppel* et de ses éléments constitutifs, que la Norvège avait reconnu la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland et ne pouvait plus contester cette reconnaissance.

51. Affaire Losinger (1936) ¹⁶⁸. — On peut également mentionner cette affaire dans ce contexte, bien que la C.P.J.I. se soit bornée

165. C.P.J.I. série A/B N° 53, pp. 64-68.

166. *Ibid.*, p. 68-69.

167. *Ibid.*, p. 73.

168. Références données *supra*, p. 69, note 26. L'ensemble de la discussion sur l'*estoppel* est reproduit dans *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 1014-1017.

à prendre acte dans une ordonnance des communications des deux Parties portant désistement de l'instance, car elle permet de constater l'idée peu précise que se faisait parfois de l'*estoppel* celui-là même qui l'invoquait, lui conférant un sens des plus larges tout en en donnant, paradoxalement, une définition restrictive tirée du droit anglais. La Partie à l'encontre de laquelle cet *estoppel* était allégué paraît s'être prononcée quant à elle en faveur d'une construction rigoureuse de la règle.

Les faits peuvent être brièvement résumés comme suit ¹⁶⁹ : en 1929, une société suisse (la Société Losinger et C^{ie}) et l'Etat yougoslave avaient conclu un contrat, relatif à des constructions ferroviaires, qui contenait une clause d'arbitrage obligatoire. Un litige s'étant élevé, la Société avait fait appel au tribunal arbitral prévu mais la Yougoslavie avait soulevé une exception d'incompétence fondée sur une loi qu'elle avait édictée en 1934 sur la Direction du Contentieux d'Etat, aux termes de laquelle les procès contre l'Etat ne pouvaient être intentés que devant les tribunaux réguliers de l'Etat. Cette exception avait conduit le surarbitre à se déclarer incompétent, dans un jugement préjudiciel, pour statuer sur le moyen tiré de la loi et à laisser aux Parties le soin de soumettre cette question à l'autorité compétente. Assurant la protection de la Société Losinger, le Gouvernement suisse avait fait connaître au Gouvernement yougoslave qu'il ne pouvait admettre la thèse selon laquelle un Etat serait habilité, après avoir stipulé librement et valablement un compromis d'arbitrage avec une société domiciliée à l'étranger, à refuser de se soumettre à ce compromis en invoquant une loi promulguée postérieurement à celui-ci, et, n'ayant pas reçu de réponse du Gouvernement yougoslave dans le délai qu'il lui avait imparti, il avait soumis cette question à la Cour permanente.

Thèses des Parties.

Contestant d'avance l'exception que la Yougoslavie pourrait tirer en l'espèce d'un prétendu non-épuisement des recours internes, la Suisse a fait valoir devant la Cour — se référant à un passage de l'arrêt que celle-ci avait rendu dans l'*affaire de Chorzów* (1927) et qui est souvent cité, comme on l'a vu ¹⁷⁰, en corrélation avec une interprétation très large de la théorie de l'*estoppel* — que

« ...on peut ... déduire de la jurisprudence de la Cour qu'aucun Etat ne peut exciper du fait que ses instances internes n'ont pas été épuisées, lorsqu'il a lui-même, par l'inobservation de ses obligations conventionnelles, empêché sa contrepartie de poursuivre la reconnaissance de ses droits devant la juridiction réellement compétente.

.....

La Cour, se conformant d'ailleurs à des principes indiscutés de droit des gens, s'inspirant de la doctrine romaine du *venire contra*

169. Cf. *ibid.*, p. 1014, note 2.

170. *Supra*, p. 83, note 78, et p. 88, note 105.

factum proprium et la doctrine anglo-saxonne de l'estoppel', n'a donc pas poussé jusqu'à l'absolu la règle de l'épuisement des instances internes, et, tant que de besoin, la Suisse demande à être mise au bénéfice d'une jurisprudence qui tient compte des nécessités sociales et des exigences de l'équité.» ¹⁷¹

Dans l'exception qu'elle a effectivement soulevée, la Yougoslavie a admis qu'« aucun État ne peut exciper du fait que ses instances internes n'ont pas été épuisées, s'il a empêché l'autre partie d'avoir la juridiction qui lui aurait été ouverte » ¹⁷², mais elle a soutenu, sans évoquer l'institution de l'estoppel à laquelle la Suisse s'était référée, qu'il fallait apporter la preuve que son Gouvernement avait empêché la Société Losinger de s'adresser aux tribunaux yougoslaves compétents et de soumettre à leur jugement le grief formulé contre lui du fait de l'emploi devant le surarbitre du déclinatoire fondé sur la loi de 1934 ¹⁷³ ; elle a affirmé par ailleurs qu'aucune disposition de la loi de 1934 ne permettait de conclure que celle-ci était directement et obligatoirement applicable aux clauses compromissaires établies avant sa promulgation et qu'il s'agissait là d'une question très délicate que seuls les tribunaux nationaux étaient en mesure de résoudre à l'aide d'une interprétation jurisprudentielle ¹⁷⁴.

Ce raisonnement a conduit la Suisse à donner une tournure plus précise à son argument fondé sur l'estoppel. Son agent, M. Sauser-Hall, a déclaré en effet :

« Il n'est pas admissible ... d'adopter des points de vue divergents devant l'arbitre privé et devant la Cour permanente au sujet du caractère juridique d'une seule et même disposition légale, de paralyser la compétence du premier par des déclarations affirmant le caractère d'ordre public et les effets rétroactifs de la loi, puis de tenter de paralyser également le pouvoir juridictionnel de la Cour par des déclarations contestant ce caractère et ces effets. Aucun État ne peut revenir ainsi sur des déclarations officielles, surtout lorsqu'elles ont été déterminantes pour le dispositif d'une sentence et ont contribué à fixer l'attitude de sa contre-partie.

Si la Yougoslavie a véritablement allégué à tort, dans l'instance arbitrale, que la loi sur le Contentieux de l'État a un caractère d'ordre public, ayant des effets rétroactifs, elle ne peut plus justifier l'irrecevabilité de la requête suisse devant la Cour par l'erreur qu'elle a commise devant l'arbitre privé. Le juge international ne saurait, à mon avis, protéger une attitude aussi pleine de contradiction ; il y aurait lieu de lui appliquer au besoin la fameuse doctrine de l'estoppel destinée à protéger le plaideur de bonne foi, et telle qu'elle a été dégagée par la jurisprudence britannique... » ¹⁷⁵,

171. Losinger, C.P.J.I. série C N° 78, *Mémoire du Gouvernement suisse*, pp. 41-42.

172. Ibid., *Exception du Gouvernement yougoslave*, p. 135.

173. Ibid.

174. Ibid., *Contre-Mémoire du Gouvernement yougoslave*, pp. 183-184.

175. Ibid., *Exposé de M. Sauser-Hall (Suisse)*, pp. 306-307. Voir également *Observations et conclusions suisses*, ibid., p. 164 et *Duplique de M. Sauser-Hall (Suisse)*, pp. 367-368.

et, après avoir cité la définition stricte de l'*estoppel by representation* que Lord Denman avait donnée — comme on l'a indiqué dans la première Partie ¹⁷⁶ — dans l'affaire *Pickard v. Sears*, il a conclu, sans chercher à démontrer que les différents éléments constitutifs de la règle ainsi définie se trouvaient réunis en l'espèce mais revenant au contraire à une conception très large de l'*estoppel* : « Cette doctrine simplement protectrice de la bonne foi doit être considérée comme un des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, dont l'applicabilité est prévue par l'article 38, chiffre 3, du Statut de la Cour » ¹⁷⁷.

Dans sa réplique, l'agent du Gouvernement yougoslave, M. Stoykovitch, a affirmé que les déclarations des représentants d'un Etat devant un arbitre privé n'engageaient pas la responsabilité de cet Etat sur le plan international et ne pouvaient donc entraîner un *estoppel* ¹⁷⁸. C'était placer la Cour devant la question — fort débattue, comme on aura l'occasion de le vérifier ¹⁷⁹ — des autorités compétentes pour engager internationalement l'Etat par leurs déclarations, actes ou comportements et susceptibles de créer un *estoppel* à son encontre. M. Stoykovitch a avancé en particulier, se prononçant apparemment en faveur de l'*estoppel* strictement défini :

« ...l'honorable agent du Gouvernement suisse a bien voulu invoquer la doctrine de l'*estoppel* du droit anglo-saxon. Il nous a cité même une sentence rendue par Lord Denman, dans la cause *Pickard versus Sears* ... [suit la citation].

Or, il suffit de lire cette citation pour voir que la doctrine de l'*estoppel* ne peut s'appliquer au cas présent.

Si l'on pouvait dire que le représentant juridique d'une partie au cours d'un procès, en invoquant un moyen d'exception ou en défendant une thèse juridique, induit le tribunal et l'autre partie en erreur, l'exercice du métier d'avocat deviendrait impossible. En invoquant un moyen de défense au cours d'un procès, le représentant d'une partie ne peut imposer son point de vue ni à la partie adverse ni au tribunal compétent pour résoudre le litige.

Pour cette raison, il est impossible de prétendre que les thèses juridiques exprimées au cours d'un procès peuvent être considérées comme déterminantes pour l'attitude de la partie adverse, et encore moins pour le tribunal saisi du litige. D'ailleurs, la doctrine de l'*estoppel* s'applique surtout aux erreurs concernant l'état de fait, et non pas aux erreurs concernant l'état juridique d'un litige. » ¹⁸⁰

176. *Supra*, p. 16, note 43.

177. C.P.J.I. série C N° 78, *Exposé de M. Sauser-Hall* (Suisse), p. 307.

178. *Ibid.*, *Réplique de M. Stoykovitch* (Yougoslavie), pp. 343-344.

179. *Infra*, par. 94, pp. 276-286.

180. C.P.J.I. série C N° 78, *Réplique de M. Stoykovitch* (Yougoslavie), *loc. cit.*

52. Affaire Nottebohm (2^e phase, 1955) ¹⁸¹. — Cette affaire indique elle aussi les difficultés qu'éprouvait quelquefois celui qui plaidait l'*estoppel*, juxtaposant en quelque sorte les conceptions extensive et restrictive de cette règle, à arrêter à son sujet une doctrine cohérente. La Partie à l'encontre de laquelle l'*estoppel* était invoqué a fait valoir quant à elle, après l'avoir strictement défini, que l'une de ses conditions essentielles n'était pas remplie en l'espèce. La C.I.J. n'a émis pour sa part aucun avis sur l'*estoppel*, jugeant suffisant de se référer dans ce contexte à l'institution de la reconnaissance et à la forclusion (*preclusion*) qui peut en découler.

Le Liechtenstein, invoquant la nationalité qu'il avait conférée par voie de naturalisation à M. Frederick Nottebohm, s'était estimé fondé à saisir la Cour de sa réclamation concernant celui-ci, mais le Guatemala avait soutenu que cette demande était irrecevable à plusieurs titres, l'une de ses exceptions se rapportant à l'absence de nationalité liechtensteinoise dans le chef de Nottebohm ¹⁸².

Thèses des Parties.

S'opposant à cette exception, le Liechtenstein a affirmé — s'appuyant sur divers faits ou comportements du Guatemala qui démontraient à son avis que celui-ci avait expressément reconnu autrefois la nationalité liechtensteinoise de Nottebohm ¹⁸³ — que son adversaire ne devait pas être admis à prendre devant la Cour une attitude en contradiction avec son attitude antérieure, et il avancé l'argument d'*estoppel* suivant :

« ...In the first instance, it may be properly considered that by expressly recognizing the Liechtenstein nationality of Mr. Nottebohm the Government of Guatemala waived any right which theoretically they might otherwise have had to question the validity of the new nationality acquired by Mr. Nottebohm. With this aspect of the situation there is connected the second reason which makes the express recognition of the Liechtenstein nationality of Mr. Nottebohm legally relevant.

... That reason is grounded in what may be described as the international doctrine of estoppel. In registering Mr. Nottebohm's change of nationality on the 31st January 1940, without comment or protest,

181. Références données *supra*, p. 69, note 28. Et voir notamment MacGibbon, *Estoppel*, pp. 482 *in fine* — 484, Mosconi, *Estoppel*, p. 402, Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 112-113, Jenks, *International Adjudication*, pp. 328, 415, 541, Venturini, *op. cit.*, p. 373, Louis, *Estoppel*, p. 227, Youakim, *Estoppel*, pp. 71-72, 92-94, 255, 300, Müller, *op. cit.*, pp. 30-31.

182. Cf. C.I.J. *Recueil* 1955, pp. 12-17.

183. *Ibid.*, p. 17 : « Il a été invoqué que, le 1^{er} décembre 1939, le consul général du Guatemala à Zürich a revêtu d'un visa de retour au Guatemala le passeport liechtensteinois de Nottebohm ; que, le 29 janvier 1940, Nottebohm, s'adressant au ministère des Relations extérieures du Guatemala, a déclaré avoir adopté la nationalité liechtensteinoise et a demandé que son inscription sur le Registre des étrangers fût modifiée en conséquence, ce qui lui fut accordé le 31 janvier ; que, le 9 février 1940, sa pièce d'identité fut modifiée dans le même sens, enfin qu'un certificat correspondant lui fut délivré le 1^{er} juillet 1940 par le Registre civil du Guatemala. »

the Government of Guatemala led Mr. Nottebohm to believe that they accepted and recognized the effectiveness of the decree of naturalization granted by the Government of Liechtenstein. In reliance upon this registration, Mr. Nottebohm continued to reside in Guatemala, to retain property and to develop his business there and to hold himself out as Liechtenstein national. Thereafter, the Government of Guatemala, irrespective of what the position might be under its own municipal law, were precluded from denying as against the Government of Liechtenstein that Mr. Nottebohm was a Liechtenstein national. It may be noted in this connection that the doctrine of estoppel, which is similar both in international and municipal law, is not, notwithstanding its apparent technical connotation, a formal and artificial rule of law. It is essentially grounded in considerations of good faith and honest conduct in the relations of States and individuals alike. If one party has by any clear and unequivocal act or assertion led the other party to believe that that act is valid or that assertion true and in reliance upon that act or assertion the second party has acted or refrained from acting in a manner which results in detriment to that party, the first party is thereafter precluded from denying as against the second party the validity of that act or the truth of that assertion.»¹⁸⁴

Ayant donné cette définition stricte de l'*estoppel*, calquée sur celle de l'*estoppel by representation* de la *common law*¹⁸⁵, il a souligné que les tribunaux internationaux avaient souvent pris cette « doctrine » en considération mais a fait preuve alors d'une certaine indétermination théorique, mentionnant indistinctement des décisions arbitrales et judiciaires qui soit avaient effectivement mis l'accent sur les différents éléments constitutifs susmentionnés, soit s'étaient bornées à utiliser le terme d'*estoppel* en lui conférant un sens des plus larges ou ne l'avaient pas utilisé du tout et ne constituaient nullement des exemples d'une application de l'*estoppel stricto sensu*¹⁸⁶.

Le Guatemala a contesté le bien-fondé de cet argument en se référant à la définition rigoureuse de l'*estoppel* donnée par la C.P.J.I. dans l'*affaire des emprunts serbes*¹⁸⁷ :

« ...le Gouvernement de Liechtenstein mesurant sans doute tout le poids des arguments que le Gouvernement de Guatemala peut faire valoir au sujet du caractère irrégulier et factice de la naturalisation accordée au sieur Nottebohm s'efforce d'écarter cette contestation en alléguant que le Gouvernement défendeur aurait antérieure-

184. C.I.J. *Mémoires, Nottebohm*, vol. I, *Memorial of Liechtenstein*, pp. 41-42.

185. Cf. *supra*, par. 6, pp. 15-16.

186. C.I.J. *Mémoires, Nottebohm*, vol. I, *Memorial of Liechtenstein*, p. 42. Si l'on peut considérer en effet que, des diverses décisions mentionnées, celles rendues dans l'*affaire des emprunts serbes* et dans l'*affaire Shufeldt* (cf. *infra*, respectivement pp. 150-151 et p. 154) donnent bien une définition de l'*estoppel stricto sensu*, il n'en va pas de même pour l'*affaire du traitement préférentiel des réclamations contre le Venezuela* (cf. *infra*, pp. 177-178), l'*affaire du fonds pieux des Californies* (cf. *supra*, pp. 79-80), l'*affaire de l'indemnité russe* (cf. *infra*, p. 178) et l'*affaire du Groënland oriental* (cf. *supra*, pp. 102-103).

187. Cf. *infra*, pp. 150-151.

ment reconnu la nationalité acquise par M. Nottebohm et ne pourrait revenir sur cette reconnaissance ...

Mais pour que les actes invoqués aient pour effet de priver le Guatemala du droit de contester la naturalisation à raison de la renonciation qui y serait contenue, soit à raison du droit d'estoppel résultant pour M. Nottebohm de la fausse sécurité dont ces actes lui avaient donné l'impression, il faudrait assurément que ces actes constituent de manière claire et non équivoque une reconnaissance définitive de la parfaite régularité et sincérité du changement de nationalité survenu (affaire des Emprunts serbes — C.P.J.I., série A, nos 20-21, p. 38).

Or les actes invoqués n'ont manifestement pas ce caractère. »¹⁸⁸

D'après lui, ces différents actes n'avaient pas émané d'organes habilités par le droit international à engager l'Etat mais avaient constitué uniquement des mesures internes d'ordre purement administratif, et l'on ne pouvait attribuer, sur le plan international, une quelconque force probante à des mentions de nationalité figurant dans des registres du genre de ceux qui étaient invoqués¹⁸⁹. C'était soulever — à l'instar de la Yougoslavie dans l'affaire *Losinger*¹⁹⁰ — la question de savoir si des fonctionnaires nationaux subalternes agissant dans le cadre de leurs tâches administratives sont susceptibles d'engager l'Etat internationalement et de créer un *estoppel* à son encontre, et l'on verra que cette question a donné lieu à des prises de position divergentes dans la jurisprudence et dans la doctrine internationales¹⁹¹.

Si cette argumentation du Guatemala a incité le Liechtenstein à ne plus accorder qu'une importance secondaire à l'*estoppel* en ce qui concerne la preuve de la nationalité de Nottebohm¹⁹², elle ne l'a pas empêché de plaider à nouveau l'*estoppel* — très largement construit cette fois-ci — dans la question de la responsabilité encourue selon lui par son adversaire en raison de son attitude contradictoire¹⁹³ :

188. C.I.J. *Mémoires, Nottebohm*, vol. I, *Contre-Mémoire du Guatemala*, p. 196, par. 34.

189. *Ibid.*, pp. 196-198, par. 35-40. Il a affirmé en particulier que le visa de retour au Guatemala apposé par le consul du Guatemala à Zurich sur le passeport liechtensteinois de Nottebohm, de même que le changement d'inscription effectué sur demande de Nottebohm dans le Registre des étrangers du Guatemala, le certificat de portée semblable délivré à Nottebohm par le Registre civil guatémalteque et la simple déclaration du ministre des Relations extérieures du Guatemala attestant la réalité de l'inscription en question au Registre des étrangers, ne constituaient pas une vérification ou une reconnaissance de la nationalité invoquée.

190. Cf. *supra*, p. 106.

191. *Infra*, par. 94, pp. 276-286.

192. Cf. C.I.J. *Mémoires, Nottebohm*, vol. I, *Reply of the Government of Liechtenstein*, p. 393, et vol. II, *Plaidoirie de M. Sauser-Hall (Liechtenstein)*, p. 106.

193. *Ibid.*, *Plaidoirie de M. Sauser-Hall (Liechtenstein)*, pp. 106, 137-138. M. Sauser-Hall s'est notamment référé à l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire de Chorzów, souvent cité — comme on l'a vu *supra*, p. 83, note 78, et p. 88, note 105, et comme on l'indiquera *infra*, p. 212 — pour décrire la déchéance encourue par une Partie du fait d'un acte illicite.

« L'estoppel interdit... à une partie de contester des faits qui découlent de son attitude et d'où la partie adverse a tiré légitimement la conclusion qu'elle avait le droit, ou de prendre certaines mesures ayant une signification juridique, ou seulement de se sentir confirmée dans son droit et d'agir en conséquence.

L'inscription de la naturalisation liechtensteinoise de M. Nottebohm dans le registre officiel des étrangers au Guatemala a précisément confirmé ce dernier dans le sentiment d'une complète sécurité juridique, l'a amené à développer son activité au Guatemala. En ignorant soudain sa naturalisation et le statut de neutre qui en résultait, après l'avoir formellement reconnu, le Gouvernement du Guatemala donne au Gouvernement du Liechtenstein le droit de dénoncer cette attitude contradictoire, d'y voir une faute aggravant encore la responsabilité encourue par le Guatemala.

Malgré la terminologie technique qui est employée pour la désigner, la doctrine de l'estoppel n'a rien d'artificiel, ni même de spécial au droit anglo-saxon. Elle est simplement une des conséquences de l'obligation qu'a chaque partie d'exercer ses droits selon les exigences de la bonne foi, qui est imposée aux Etats comme aux individus. Elle est une affirmation du principe de la non-contradiction ; comme disent les jurisconsultes anglais, une partie ne peut pas souffler à la fois le chaud et le froid.

Cette attitude contradictoire doit être relevée à la charge du Guatemala, car elle a eu la conséquence très grave, elle a même eu pour but, de réinvestir fictivement une personne dans une nationalité antérieure, définitivement perdue par elle, de lui conférer aussi artificiellement qu'artificieusement une nationalité ennemie et de l'exposer dès lors à toutes les discriminations, incapacités, privations de droit frappant des ennemis.»¹⁹⁴

C'était rattacher l'estoppel au régime de la responsabilité, conception contre laquelle le Guatemala s'est élevé¹⁹⁵ et qui ne paraît guère compatible en effet, comme on l'indiquera¹⁹⁶, avec une interprétation stricte de la règle.

Arrêt de la C.I.J.

La Cour internationale s'est rangée à la thèse guatémaltèque et a admis que l'on ne pouvait tirer des différents actes, faits ou comportements invoqués une reconnaissance par le Guatemala de la nationalité que Nottebohm avait acquise au Liechtenstein par voie de naturalisation¹⁹⁷. Elle a considéré, en particulier, que les actes émanant des autorités guatémaltèques avaient été motivés par des déclarations à elles faites par l'intéressé, qu'ils procédaient l'un de l'autre, qu'ils se référaient tous à la police des étrangers au Guatemala et non à la protection diplomatique, et elle a souligné :

194. *Ibid.*, p. 138.

195. *Ibid.*, *Plaidoirie de M. Rolin (Guatemala)*, p. 225 : « ... il [M. Sauser-Hall] entend donner au moyen toute sa valeur dans la question de la responsabilité où vraiment, personnellement, je ne vois pas ce que ce moyen vient faire ».

196. *Infra*, par. 107, pp. 306-307.

197. *C.I.J. Recueil 1955*, pp. 17-20.

« ... Quand Nottebohm se présente ainsi devant les autorités guatémaltèques, celles-ci ont devant elles une personne privée : il ne s'établit pas par là une relation de Gouvernement à Gouvernement. Rien de tout cela ne fait apparaître que le Guatemala ait alors reconnu que la naturalisation accordée à Nottebohm donnât titre au Liechtenstein pour l'exercice de la protection. »¹⁹⁸

Elle a mis l'accent en revanche sur le fait que le Guatemala avait clairement spécifié, dans sa réponse à une lettre que le consul de Suisse avait adressée en 1944 au ministre guatémaltèque des Relations extérieures, ne pas « reconnaître que M. Nottebohm, ressortissant allemand, domicilié au Guatemala, ait reçu la nationalité du Liechtenstein sans avoir eu à changer de domicile »¹⁹⁹ et, ayant constaté qu'elle se trouvait là en présence d'une dénégation expresse par le Guatemala de la nationalité liechtensteinoise de Nottebohm, elle a déclaré :

« Rien de tout cela ne fait apparaître qu'avant l'ouverture de l'instance le Guatemala ait reconnu au Liechtenstein titre pour exercer la protection au profit de Nottebohm et se trouve par là forclus [texte anglais de l'arrêt : *precluded*] à lui contester aujourd'hui ce titre. »²⁰⁰

C'était rejeter l'argument du Liechtenstein en soulignant simplement, sans prendre en considération l'*estoppel* qu'il avait avancé à ce propos, que l'on ne pouvait pas déduire des différents actes invoqués la reconnaissance par le Guatemala de la nationalité liechtensteinoise de Nottebohm et qu'aucune forclusion n'en découlait dès lors pour cet Etat.

53. Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (1960) ²⁰¹. — Les deux Parties au litige (le Honduras et le Nicaragua) ont examiné l'institution de l'*estoppel* en liaison avec la question des effets juridiques de l'acquiescement en droit international, et elles ont adopté sur ce point des positions divergentes. La C.I.J., qui n'a pas jugé nécessaire de se référer à l'*estoppel* dans le cadre de son raisonnement, ne s'est pas prononcée sur ces thèses opposées, mais deux juges ont donné leur avis à ce sujet dans leurs opinions jointes à la décision.

198. *Ibid.*, p. 18.

199. *Ibid.*, p. 19.

200. *Ibid.*

201. Références données *supra*, p. 69, note 30. Et voir notamment D.H.N. Johnson, « Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on December 23, 1906 », *I.C.L.Q.* 1961 (ci-après mentionné « Johnson, *Arbitral Award made by the King of Spain* »), pp. 322-337, Roger Pinto, « Chronique de la jurisprudence de la Court internationale de Justice. Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 », *Journal du droit international* 1961 (ci-après mentionné « Pinto, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* »), pp. 1192-1194, Michel Waelbroek, *op. cit.*, pp. 38-53, Mosconi, *Estoppel*, p. 402, Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 112-113, Louis, *Estoppel*, p. 227, Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford : Clarendon Press, 1966), p. 330, Dominicé, *Estoppel*, pp. 327, 333-334, 342, Youakim, *Estoppel*, pp. 71-72, 92-94, 255, 300, Vallée, *Estoppel*, pp. 968-969, 975.

Le litige portait sur la validité d'une sentence arbitrale par laquelle le roi d'Espagne avait fixé la ligne-frontière entre le Honduras et le Nicaragua : le Honduras demandait à la Cour de dire que le Nicaragua était tenu d'exécuter ladite sentence²⁰² et le Nicaragua opposait à cette demande la nullité de la sentence en faisant valoir différents motifs de nullité relatifs, d'une part, à la désignation et à la compétence de l'arbitre (expiration du traité Gamez-Bonilla, qui avait prévu la constitution du tribunal arbitral, à la date d'acceptation par le roi d'Espagne de sa qualité d'arbitre et à celle du prononcé de la sentence ; manque de pouvoir de l'arbitre par suite de sa désignation irrégulière)²⁰³ et, d'autre part, au contenu même de la sentence (défaut ou insuffisance de motifs ; excès de pouvoir ; lacunes, contradictions et obscurités affectant le dispositif de la sentence)²⁰⁴ — motifs de nullité qu'il fut convenu d'appeler, respectivement, les « griefs extrinsèques » et les « griefs intrinsèques ».

Thèses des Parties.

Le Honduras a plaidé l'irrecevabilité de ces griefs — après avoir rappelé que la force obligatoire des sentences arbitrales découle de plein droit de l'autorité de la chose jugée qui repose, elle-même, sur le traité en vertu duquel les Parties ont accepté l'arbitrage²⁰⁵ — en faisant état des comportements du Nicaragua qui impliquaient à son avis reconnaissance de la compétence de l'arbitre et acquiescement à la sentence²⁰⁶. S'agissant des griefs extrinsèques, il s'est attaché à démontrer, invoquant différents actes officiels du Nicaragua, que celui-ci avait librement accepté la désignation du roi d'Espagne comme arbitre et avait pleinement pris part à la procédure devant le roi sans soulever alors la moindre objection quant à la compétence de celui-ci²⁰⁷, et il déclaré :

« Ces circonstances permettent d'affirmer que, conformément au principe général de la bonne foi et aux exigences de la sécurité des rapports internationaux, le Gouvernement du Nicaragua n'est plus recevable à contester la portée des déclarations par lesquelles il a reconnu la compétence du Roi d'Espagne en qualité d'arbitre unique »²⁰⁸,

ajoutant que « le fait pour un Etat de plaider au fond, sans soulever l'exception d'incompétence *in limine litis*, a toujours été interprété comme impliquant, de la part de cet Etat, renonciation définitive au droit de faire valoir ultérieurement les griefs fondés sur l'incompé-

202. Cf. C.I.J. *Mémoires*, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* le 23 décembre 1906, vol. I, *Mémoire du Honduras*, p. 62.

203. *Ibid.*, *Contre-Mémoire du Nicaragua*, pp. 204-205.

204. *Ibid.*

205. *Ibid.*, *Mémoire du Honduras*, p. 60 et *Réplique du Honduras*, pp. 502-503.

206. *Ibid.*, *Réplique du Honduras*, Chapitre II, pp. 502-514.

207. *Ibid.*, pp. 504-509.

208. *Ibid.*, p. 505.

tence de l'arbitre ou du juge »²⁰⁹. En ce qui concerne les griefs intrinsèques, il leur a opposé une fin de non-recevoir déduite de l'acquiescement dont la sentence arbitrale avait fait l'objet, selon lui, de la part du Nicaragua, « acquiescement qui, s'il est établi, doit faire obstacle de manière absolue à l'examen, par la Cour, des griefs de nullité formulés par le Nicaragua contre la sentence arbitrale »²¹⁰ ; ayant expliqué que cet acquiescement découlait clairement d'un certain nombre de déclarations, actes et comportements du Nicaragua, notamment de l'abstention de cet Etat à contester la validité de la sentence de 1906 à 1912²¹¹, il a conclu :

« Pour les raisons exposées ci-dessus, le Gouvernement de la République du Honduras est autorisé à considérer comme tardive et comme inconciliable avec ses déclarations antérieures la note que le Gouvernement du Nicaragua adressa, le 19 mars 1912, au Gouvernement du Honduras pour lui notifier ses griefs contre la validité de la sentence.

Ainsi qu'il a déjà été rappelé, le principe de la bonne foi réclame qu'un Etat ne puisse être admis à prouver un fait ou un grief contrairement à ses propres allégations (*Allegans contraria non audiendus est*). Ce principe est reconnu, par la jurisprudence et par la doctrine, comme un principe général de droit. »²¹²

A l'appui de cet argument, il s'est référé exclusivement — dans une note — à des auteurs qui avaient vu dans ce type de situation une situation d'*estoppel*²¹³.

Et c'est en se plaçant précisément sur le terrain de l'*estoppel* que le Nicaragua a cherché à contester le bien-fondé de la thèse hondurienne²¹⁴. Considérant en effet que l'*estoppel* paraissait « sous-jacent à la fin de non-recevoir opposée par le Honduras au Nicaragua »²¹⁵ et partant d'une conception restrictive de cette règle, il a affirmé que les différents éléments constitutifs de celle-ci — rigoureusement établis selon lui par la doctrine et par la jurisprudence internationales²¹⁶ — n'étaient pas réunis en l'espèce. Il a accordé une importance première à la condition du préjudice subi, essentielle à son avis :

« ...il apparaît clairement que dans le cas du Honduras il n'y a pas trace d'un préjudice subi par ce pays par suite de la confiance qu'il aurait eue dans les déclarations ou actes du Nicaragua. Même s'il était concédé pour les besoins du raisonnement que le Nicaragua

209. *Ibid.*, p. 507.

210. *Ibid.*, p. 509.

211. *Ibid.*, p. 509-513.

212. *Ibid.*, p. 513 (note omise).

213. *Ibid.*, note 3. La Réplique hondurienne s'est référée ici à Bowett, *Estoppel*, et à Lauterpacht, *The Development of International Law*, pp. 168-170, 214. C.I.J. Mémoires, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, vol. I, *Duplique du Nicaragua*, pp. 814-820, par. 151-163.

215. *Ibid.*, p. 817.

216. *Ibid.*, p. 817-818. La Duplique du Nicaragua a cité des passages tirés de Bowett, *Estoppel*, p. 197, et de Witenberg, *Estoppel*, pp. 183-184, et s'est référée à la définition stricte de l'*estoppel* donnée par un commissaire américain dans l'affaire de Santa Isabel (cf. *infra*, p. 146) et par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des emprunts serbes (cf. *infra*, pp. 105-151).

aurait reconnu en parole ou en acte la compétence du Roi comme arbitre et avait officiellement acquiescé aux violations du traité Gamez-Bonilla et que le Honduras se soit fié à cette reconnaissance ou à cet acquiescement, quel dommage en serait-il résulté pour le Honduras ? La même question peut être posée sous une autre forme : si le Nicaragua avait en 1905 refusé de participer à l'arbitrage, parce que le Roi avait été désigné en violation du traité ou parce que la période de dix ans fixée par le traité était déjà expirée, le Honduras en aurait-il retiré quelque avantage ? Peut-être le Honduras se serait-il abstenu de préparer sa cause et de la présenter au Roi, auquel cas le dommage se mesurerait essentiellement à la peine que lui aurait coûté cette préparation ; mais celle-ci eût été tôt ou tard nécessaire pour une négociation diplomatique, une médiation ou un arbitrage valable, en sorte que le préjudice n'eût pas été bien grand ; il faut ajouter que l'affaire était déjà en grande partie prête par suite des travaux de la Commission mixte. On peut du reste tout aussi bien supposer que si le Nicaragua avait adopté l'attitude indiquée, le Honduras aurait persévéré dans la procédure et tenté de persuader le Roi de rendre sa sentence, même en l'absence du Nicaragua, dans l'espoir que le Nicaragua accepte même une décision non valable.

Le Honduras fut-il préjudicié parce que les prétendus comportements du Nicaragua de 1904 à 1912 auraient porté au paroxysme la passion populaire enflammée d'enthousiasme à la perspective de voir le territoire national agrandi de territoires administrés par le Nicaragua ? Les faits démontent aussi cette hypothèse. »²¹⁷

Au cours de la procédure orale, les conseils des deux Parties ont estimé nécessaire d'examiner de façon plus approfondie la question de l'*estoppel* et ont fait preuve à ce sujet d'une grande indétermination terminologique et théorique, s'appuyant d'ailleurs paradoxalement sur les mêmes auteurs pour défendre leurs thèses opposées.

Les conseils du Honduras ont soutenu que leur argumentation se fondait sur un principe général de droit qui, comme l'indiquaient d'après eux la jurisprudence et la doctrine internationales, ne se présentait pas sous la forme rigide de l'*estoppel* anglo-américain. M. Paul De Visscher a affirmé :

« ...Le Gouvernement du Nicaragua a voulu nous faire dire que toute notre argumentation était fondée sur la doctrine de l'*estoppel*.

Le mot *estoppel* n'est certainement pas de nature à nous embarrasser.

La Cour voudra cependant bien observer que nous nous sommes abstenus d'en faire usage dans nos écritures. Nous nous en sommes abstenus pour une raison d'exactitude scientifique qu'il me sera facile d'expliquer.

Notre argumentation, en ce qu'elle a trait aux acquiescements donnés à la sentence, est entièrement fondée sur un principe général du droit : le principe de la bonne foi. Or, la doctrine de l'*estoppel* n'est autre chose que la forme anglo-saxonne du principe de la

bonne foi. La doctrine de l'estoppel, qui est née dans le droit anglo-saxon, a acquis, à la faveur d'une technique judiciaire qui est propre au droit anglo-saxon, un sens et une portée qui ne correspondent pas nécessairement au sens et à la portée du principe général de droit dont elle est issue ou, si l'on préfère, qu'elle a contribué à former.

On peut dire de la doctrine de l'estoppel qu'elle est la forme anglo-saxonne du principe de la bonne foi, mais on ne peut pas dire que le principe de la bonne foi soit la forme internationale de la doctrine de l'estoppel.

Ce serait à mon sens appauvrir le principe fondamental de la bonne foi que de chercher à le présenter sous le vêtement d'une technique procédurale qui est propre à un système juridique déterminé.

L'usage du terme estoppel pouvait peut-être se justifier à une époque où, faute d'une jurisprudence internationale bien établie, les principes généraux du droit n'avaient pas encore pu se dégager de l'emprise des systèmes juridiques nationaux, mais il n'en est plus ainsi de nos jours, pour autant du moins qu'il s'agisse du principe de la bonne foi. Grâce à la jurisprudence arbitrale, grâce surtout à la jurisprudence de votre Cour, les principes généraux du droit sont en voie d'acquiescer leur autonomie internationale, et il n'est certainement plus besoin, pour justifier la règle de la bonne foi dans les relations internationales, de s'en référer à la manière selon laquelle ce même principe est reconnu et surtout organisé par un système juridique interne.

J'ai rappelé au début de ma plaidoirie que la Cour a fréquemment fait application du principe de la bonne foi. Qu'il s'agisse de la matière des traités, de la matière des acquisitions territoriales ou de la matière de la responsabilité, la Cour a toujours veillé à empêcher un Etat de revenir sur les déclarations par lesquelles il avait précédemment reconnu une situation juridique ou une obligation, au bénéfice d'un autre Etat.

Invoquant ici le principe de la bonne foi à l'état pur, nous demandons à la Cour d'apprécier le sens et la portée des déclarations du Nicaragua dans lesquelles le Honduras a vu des acquiescements. La Cour exercera ce contrôle sans être liée par aucune règle technique. Et c'est en pleine confiance dans la sagesse de son jugement que nous lui abandonnons l'appréciation de toutes les circonstances dans lesquelles les autorités du Nicaragua ont acquiescé à la sentence. »²¹⁸

De son côté, M. Herbert W. Briggs s'est attaché à montrer, à l'aide de nombreux exemples jurisprudentiels et en citant des auteurs, que la Cour de La Haye et les tribunaux arbitraux avaient maintes fois reconnu et appliqué le principe de l'acquiescement (*allegans contraria non audiendus est*) indépendamment des conditions techniques de l'estoppel, et il a soutenu que le Nicaragua se trouvait forclos (*foreclosed*), en vertu même de ce principe, à développer maintenant

218. *Ibid.*, vol. II, *Plaidoirie de M. De Visscher (Honduras)*, p. 51.

devant la Cour des arguments qui contredisaient sa conduite antérieure²¹⁹. Il a notamment observé :

« ...in the face of this consistent jurisprudence which establishes that a State is precluded from reliance upon contentions which are contradicted by her own past conduct, what does Nicaragua say? In her Rejoinder ..., she asserts that the legal basis of our reliance upon acquiescence is imprecise because we do not use the word 'estoppel'; and she asserts that Honduras would be unable to prove injury, under the estoppel doctrine, from reliance on Nicaraguan statements and conduct. To the comments of my colleague, Professor Paul De Visscher, I wish to add a few observations.

If we have not used the word 'estoppel', it is because we are relying upon a broader principle which is more firmly established in positive international law than estoppel. I refer, of course, to the principle of acquiescence, which I have discussed at some length. In the *Serbian Loans* case (Series A. Nos. 20-21, p. 38), the Permanent Court referred to but did not apply what it called 'the principle known in Anglo-saxon law as estoppel'. This private law doctrine has taken a conventionalized pattern which is more technical and restrictive than the broader principle of acquiescence which prevails in international law. Among other differences, estoppel tends to stress proof of injury to the person relying on estoppel or proof of some advantage to the person making the representation.

.....

It is interesting to note that no one of the cases I cited from the jurisprudence of this Court and its predecessor in support of the principle of acquiescence even mentions the injury concept which is regarded as so important in the private law doctrine of estoppel. »²²⁰

Il a cité ensuite des auteurs qui lui paraissaient avoir admis l'existence de ce principe en droit international en spécifiant qu'il ne devait pas être envisagé comme un *estoppel* au sens technique du terme²²¹, et il a déclaré :

« Mr. President, of the cases I have cited from the jurisprudence of the Court, some of them may, some of them may not, meet the

219. *Ibid.*, *Oral Argument of Mr. Briggs (Honduras)*, pp. 72-108. Il serait trop long d'énumérer ici les nombreuses affaires et les différents auteurs auxquels il s'est référé (voir cependant les indications données à ce sujet ci-dessous, note 221).

220. *Ibid.*, pp. 108-109.

221. *Ibid.*, p. 109. Après avoir considéré que Bowett, *Estoppel* — auquel la Réplique hondurienne s'était pourtant référée, comme on l'a indiqué *supra*, p. 113, note 213 — n'était pas parvenu à démontrer que le droit international avait retenu l'*estoppel stricto sensu* dont il avait donné la définition, il a cité des passages tirés de McNair, *The Occupation of the Ruhr*, p. 34, et de Lauterpacht, *The Development of International Law*, pp. 169-172, qui montraient à son avis que ces auteurs s'étaient prononcés en faveur d'une interprétation très large de l'*estoppel*. Il s'est gardé de signaler que ces mêmes auteurs avaient également donné une définition stricte de l'*estoppel* (cf. *supra*, p. 98, note 142) et avaient fait preuve à vrai dire — comme on le verra *infra*, pp. 174-180 — d'une réelle incertitude au sujet de la construction juridique exacte de cette règle en droit international.

technical aspects of the private law doctrine of estoppel; but all of them — all of them — support the principle of international law that a State which has by its declarations and its conduct acquiesced in a situation is foreclosed from later denying the validity of that in which it has acquiesced.» ²²²

Pour leur part, les conseils du Nicaragua ont insisté à nouveau sur la condition fondamentale du préjudice subi qui, à leur avis, n'était pas remplie en l'espèce. Mais leur position est demeurée assez floue du point de vue théorique et terminologique et ne permet guère de déterminer de façon précise leur conception de l'*estoppel* en droit international. M. Philip C. Jessup a avancé en effet :

« ... whatever the term which may be used, whether it be estoppel or preclusion or foreclosure or acquiescence of other, the basic legal doctrine involved in this conception is not an arbitrary doctrine. It is designed to serve a very definite equitable purpose. It is not like a game where a player is penalized for a momentary lapse, for getting off base or deviating from his course, and it is not a rule of penal law. The purpose of the doctrine, whatever the term used, is to compensate for some damage or prejudice suffered by a person when he relied, and was entitled to rely, upon some false statement or misleading act of another person » ²²³,

puis, se référant aux auteurs même que M. Brigs avait cités ²²⁴, il a oscillé — à l'instar de ces auteurs, comme on le verra ²²⁵ — entre les conceptions extensive et restrictive de l'*estoppel*. M. Henri Rolin a affirmé quant à lui :

« C'est lorsque l'on se trouve devant des conditions de l'estoppel, c'est lorsque, sur base des acquiescements, l'autre partie a réglé son attitude en sorte qu'elle se trouverait préjudiciée par la modification dans l'attitude de l'auteur des acquiescements, et dans ce cas, et dans ce cas seulement, l'on doit attribuer à l'estoppel des effets juridiques » ²²⁶,

mais les considérations de droit comparé qu'il a présentées ensuite à ce sujet ont affaibli quelque peu l'*estoppel stricto sensu* qu'il venait d'évoquer et indiquent une certaine indétermination théorique :

« ..., cette théorie de l'estoppel n'a rien de spécifiquement anglo-saxon; ma foi, dans nos relations internes, dans les pays de l'Europe continentale aussi, l'on se trouve devant le problème des rétractions des déclarations. C'est toujours une chose sérieuse que de rétracter une déclaration, mais ce n'est pas une chose nécessairement interdite ou nulle; un témoin, Messieurs, peut revenir sur une déposition sans être accusé de faux témoignage si sa mauvaise foi n'est pas établie; un aveu même judiciaire, l'aveu d'un fait,

²²² Ibid.

²²³ Ibid., *Oral Argument of Mr. Jessup (Nicaragua)*, p. 230.

²²⁴ Cf. *supra*, p. 116, note 221.

²²⁵ *Infra*, par. 66, pp. 174-180.

²²⁶ C.I.J. *Mémoires*, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, vol. II, *Dublique de M. Rolin (Nicaragua)*, p. 435.

peut être révoqué, dit le code Napoléon, si l'on fait la preuve de l'erreur de fait sur lequel était basé l'aveu ; c'est l'article 1356, qui se retrouve dans un grand nombre de législations. Que l'on renonce donc à nous emprisonner dans des déclarations ou dans une absence de déclaration, de protestations qui se seraient prolongées de 1906 à 1912, même si nos comportements avaient eu la portée qu'on leur attribue, et je vais vous montrer dans un instant encore une fois qu'il n'en est rien ; en tout cas, comme nous avons essayé de le démontrer, il semble bien qu'à l'égard de nos griefs d'inexistence et de nullité pour violation du compromis, ces prétendus acquiescements ne pouvaient avoir aucun effet et que la question est ouverte devant la Cour. » ²²⁷

L'ensemble de ce débat est fort caractéristique de l'incertitude qui régnait dans la jurisprudence et dans la doctrine internationales au sujet de la théorie de l'*estoppel*.

Arrêt de la C.I.J.

La Cour internationale, par quatorze voix contre une (celle du juge *ad hoc* désigné par le Nicaragua), a fait droit aux prétentions du Honduras en déclarant que la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne était valable et obligatoire et que le Nicaragua était tenu de l'exécuter ²²⁸. Sans reprendre à son compte les différentes justifications théoriques avancées par le demandeur (principe de la bonne foi, exigences de la sécurité dans les rapports internationaux, principe de l'acquiescement, *allegans contraria non audiendus est*, règle coutumière comportant sanction de forclusion pour opposition tardive à une sentence arbitrale) et sans se prononcer sur l'argument du défendeur fondé sur l'*estoppel*, elle a considéré que le Nicaragua n'était plus recevable, en raison de ses comportements, à formuler des griefs de nullité à l'encontre de la sentence. En ce qui concerne les griefs extrinsèques, elle a affirmé :

« ... the Court considers that, having regard to the fact that the designation of the King of Spain as arbitrator was freely agreed to by Nicaragua, that no objection was taken by Nicaragua to the jurisdiction of the King of Spain as arbitrator either on the ground of irregularity in his designation as arbitrator or on the ground that the Gamez-Bonilla Treaty had lapsed even before the King of Spain had signified his acceptance of the office of arbitrator, and that Nicaragua fully participated in the arbitral proceedings before the King, it is no longer open to Nicaragua to rely on either of these contentions as furnishing a ground for the nullity of the Award. » ²²⁹

S'agissant des griefs intrinsèques, elle a souligné :

« In the judgment of the Court, Nicaragua, by express declaration and by conduct, recognized the Award as valid and it is no

227. *Ibid.*

228. *C.I.J. Recueil 1960*, p. 217.

229. *Ibid.*, p. 209.

longer open to Nicaragua to go back upon that recognition and to challenge the validity of the Award. Nicaragua's failure to raise any question with regard to the validity of the Award for several years after the full terms of the Award had become known to it further confirms the conclusion at which the Court has arrived. » ²³⁰

On peut considérer, avec certains auteurs ²³¹, que cette décision constitue un exemple de forclusion — encore que la Cour n'ait pas utilisé ce terme — résultant pour un Etat, indépendamment des conditions techniques de l'*estoppel* de la *common law*, de ses actes répétés de reconnaissance et de ses comportements. Il semblerait dès lors que la Cour aurait pu se dispenser d'examiner au fond les griefs de nullité invoqués par le Nicaragua. Pour des motifs qui n'apparaissent pas très clairement et qui tiennent sans doute aux termes mêmes de l'accord par lequel les Parties au différend étaient convenues de la procédure à suivre pour le lui soumettre ²³², elle ne s'est pas refusée à un tel examen et est parvenue dans chaque cas à la conclusion que lesdits griefs n'étaient pas fondés ²³³. La question se pose cependant de savoir ce qu'elle aurait décidé si elle les avait jugés fondés ²³⁴ : aurait-elle néanmoins déclaré que le Nicaragua ne pouvait pas les invoquer en raison de ses déclarations et comportements antérieurs, ou aurait-elle au contraire dit pour droit que la décision du roi d'Espagne ne constituait pas une sentence obligatoire ? L'arrêt ne permet guère de le déterminer avec certitude et l'opinion individuelle de sir Percy Spender, essentiellement fondée sur la forclusion (équivalent selon lui, comme il l'a précisé deux ans plus tard de façon détaillée dans une autre affaire ²³⁵, de l'*estoppel* du droit anglo-américain), paraît plus cohérente à cet égard ²³⁶.

230. *Ibid.*, p. 213.

231. Notamment Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, pp. 127 et 181, Venturini, *op. cit.*, pp. 377-378, Louis, *Estoppel*, pp. 227-228, Dominici, *Estoppel*, p. 333.

232. Cf. *C.I.J. Recueil 1960*, pp. 194, 203-204, 214. Dans un accord conclu à Washington le 21 juillet 1957, le Honduras et le Nicaragua s'étaient engagés à soumettre à la Cour le différend existant entre eux au sujet de la décision arbitrale, étant entendu que chaque Gouvernement présenterait l'aspect du différend qu'il jugerait approprié et, dans une déclaration jointe à cet accord, le Nicaragua avait précisé qu'il s'opposerait à la requête du Honduras en invoquant les motifs, les actes et les faits et en soulevant les exceptions qu'il jugerait bon pour contester la validité de la décision arbitrale et sa force obligatoire.

233. En ce qui concerne les griefs extrinsèques, la Cour ne les a déclarés irrecevables qu'après avoir constaté en premier lieu l'absence de leur fondement (*C.I.J. Recueil 1960*, pp. 205-209). Elle a suivi un ordre logique inverse pour les griefs intrinsèques, se prononçant tout d'abord sur leur recevabilité (*ibid.*, p. 213) et ne les examinant au fond qu'à titre subsidiaire (*ibid.*, pp. 214-217) et, semble-t-il, de façon réticente puisqu'elle a souligné que la thèse selon laquelle il n'y avait pas lieu pour elle de prendre position sur tout ou partie de ces motifs lui paraissait bien fondée.

234. Voir les remarques présentées à ce propos par Waelbroek, *op. cit.*, p. 49.

235. Dans l'affaire du temple de Préah Vihéar (1962), examinée *infra*, par. 54, p. 121 et ss.

236. *C.I.J. Recueil 1960, Separate Opinion of Sir Percy Spender*, pp. 219-220.

Opinions jointes à l'arrêt.

Sir Percy Spender a considéré que la conduite du Nicaragua avant, pendant et après l'arbitrage lui interdisait d'invoquer des griefs de nullité à l'encontre de la sentence et rendait par conséquent inutile l'examen de ces griefs :

« Nicaragua ... contends that the King of Spain never possessed the capacity of a sole arbitrator ; that what purported to be his appointment was in breach of the provisions of the Treaty and was totally devoid of all validity.

I do not find it necessary to determine whether the King's appointment involved any non-compliance with the provisions of the Treaty. Although I incline strongly to the view that the appointment was irregular, this contention of Nicaragua fails because that State is precluded by its conduct prior to and during the course of the arbitration from relying upon any irregularity in the appointment of the King as a ground to invalidate the Award.

Having failed to challenge the competency of the King as sole arbitrator before or during the course of the arbitration but, on the contrary, having invited him to make an award on the merits, Nicaragua was thereafter precluded from contesting the regularity of the appointment.

All the relevant facts relating to that appointment were known to it when it participated in the arbitration. Each State party to the arbitration proceedings was entitled to place faith upon the deliberate conduct of the other State in the course of such proceedings. Nicaragua cannot be permitted to be placed in the position where, had the Award been satisfactory from its point of view it could have accepted it, if not be free to disregard it as a nullity.

It would be contrary to the principle of good faith governing the relations between States were it permitted now to rely upon any irregularity in the appointment to invalidate the Award. Its conduct up to the moment the Award was made operated in my opinion so as to preclude it thereafter from doing so, irrespective of any subsequent conduct on its part.

I rest my opinion on this ground.

As to the contentions of Nicaragua that the Award is null on the grounds of

(a) Excess of jurisdiction

(b) Essential error

(c) Lack or inadequacy of reasons in support of the Award,

I agree that Nicaragua, by reason of its conduct subsequent to the Award being made, is precluded from relying upon any one of these contentions to invalidate the Award : I place particular importance upon the fact that Nicaragua, for many years after the terms of the Award became known to it, failed to raise any question whatever as to its validity.

I rest my opinion on this aspect of the case exclusively on the ground of preclusion. It is unnecessary to determine whether but

for this preclusion any of these contentions of Nicaragua would have afforded a cause of nullity. To attempt to do so would be, in my view, an irrelevant excursion. » ²³⁷

C'était, en mettant l'accent sur certains des éléments constitutifs de l'*estoppel* du droit anglo-américain, conférer à juste titre un effet absolu à la théorie de la forclusion (*preclusion*).

De son côté, le juge *ad hoc* désigné par le Nicaragua, M. Urrutia Holguín, a rappelé dans son opinion dissidente qu'il avait été demandé à la Cour « de considérer les cas où les acquiescements, l'*estoppel* ou la présentation tardive des griefs de nullité peuvent limiter ou faire perdre le droit à un Etat de contester la validité d'une sentence » ²³⁸ et il a affirmé que l'*estoppel* n'eût été applicable dans cette affaire que s'il avait été prouvé que les comportements d'un des Etats avaient « déterminé l'autre à se fier aux acquiescements et à croire à une renonciation à contester la validité de la sentence » ²³⁹. Il s'est attaché à montrer que tel n'avait pas été le cas, soulignant en particulier qu'il ne pouvait être admis que le comportement du Nicaragua de 1906 à 1912 avait fait croire au Honduras que la sentence était acceptée ²⁴⁰. Mais il s'est rallié indéniablement à une conception extensive de l'*estoppel* puisque, sans évoquer les différentes conditions d'application de cette règle en droit interne (notamment celle du préjudice subi, sur laquelle le Nicaragua avait mis l'accent), il a cru pouvoir définir l'*estoppel* comme « l'exception de bonne foi qui existe dans presque tous les systèmes juridiques et qui interdit de tirer profit de ses propres torts » ²⁴¹.

54. Affaire du Temple de Préah Vihear (fond, 1962) ²⁴². — On constate ici aussi l'existence de vues opposées sur les termes dans lesquels se pose l'application de l'institution de l'*estoppel* en droit international. Si les Parties n'ont débattu qu'assez sommairement

237. *Ibid.*, loc. cit.

238. *Ibid.*, Opinion dissidente de M. Urrutia Holguín, p. 222.

239. *Ibid.*

240. *Ibid.*, p. 236.

241. *Ibid.*, p. 222.

242. Références données *supra*, p. 69, note 31. Et voir notamment Suzanne Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *R.C.A.D.I.* 1962, vol. III, pp. 469-488, Jean-Pierre Cot, « Jurisprudence et juridictions internationales, C.I.J. Affaire du Temple de Préah Vihear », *A.F.D.I.* 1962 (ci-après mentionné « Cot, Préah Vihear »), p. 235 et ss., D.H.N. Johnson, « The Case concerning the Temple of Preah Vihear », *I.C.L.Q.* 1962 (ci-après mentionné « Johnson, Préah Vihear »), pp. 1197-1204, Mosconi, *Estoppel*, pp. 389, 395, 398, note 54, 403-407, 411, J.H.W. Verzijl, « International Court of Justice, Case concerning the Temple of Preah Vihear », *Nederlands Tijdschrift voor International Recht* 1962 (ci-après mentionné « Verzijl, Préah Vihear »), pp. 238-263, Louis Dubouis, « L'erreur en droit international public », *A.F.D.I.* 1963, pp. 210-211, Jennings, *op. cit.*, pp. 41, 43, 46-51, Pecourt Garcia, *Preah Vihear*, pp. 153-166, Guenter Weissberg, « Maps as Evidence in International Boundary Disputes: A Reappraisal », *A.J.I.L.* 1963, p. 797, Jean Charpentier, « Cour internationale de Justice, Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête: 1962) », *A.F.D.I.* 1964 (ci-après mentionné « Charpentier, Barcelona Traction »), pp. 337-388, Jenks, *International Adjudication*, pp. 276, 279, 304, 330, 541, 542, Venturini,

l'estoppel invoqué tardivement et de façon secondaire par l'une d'entre elles et si la C.I.J. ne s'est penchée sur cet argument qu'à titre subsidiaire sans utiliser la notion d'*estoppel*, plusieurs juges ont estimé par contre nécessaire d'explicitier de façon détaillée leur conception de *l'estoppel* dans leurs opinions individuelles ou dissidentes jointes à l'arrêt et les positions divergentes qu'ils ont adoptées à ce sujet sont riches d'enseignements. Comme on a déjà eu l'occasion de l'indiquer, l'une de ces opinions — celle de M. Alfaro — a été invoquée par la suite dans d'autres affaires à l'appui d'une conception extensive de *l'estoppel*²⁴³.

Le différend portait sur une question de souveraineté territoriale²⁴⁴ : le Cambodge invoquait la violation par la Thaïlande de la souveraineté cambodgienne sur la région du temple de Préah Vihéar et la Thaïlande répondait en affirmant que ce territoire était situé du côté thaïlandais de la frontière commune entre les deux pays et relevait de sa souveraineté. Les Parties étaient d'accord pour admettre que le litige avait son origine dans les règlements de frontière effectués dans la période de 1904 à 1908 entre la France (en qualité de Puissance protectrice en Indochine) et le Siam (comme s'appelait alors la Thaïlande) et, en particulier, que la souveraineté sur Préah Vihéar dépendait d'une convention de 1904 et des événements postérieurs à cette convention, au titre de laquelle une commission mixte composée d'officiers nommés par les deux Parties avait procédé à la délimitation des frontières dans différents districts. Le point final de l'opération de délimitation avait consisté en la préparation et la publication de cartes, travail technique exécuté, sur demande officielle du Siam qui ne disposait pas alors de moyens suffisants, par des officiers topographes français. Les cartes établies — et notamment celle du secteur où était situé Préah Vihéar, sur laquelle le Cambodge fondait principalement sa prétention à la souveraineté sur le Temple et qu'il avait produite en annexe à son Mémoire (elle est désignée ci-après « carte de l'annexe I ») — avaient été dûment communiquées en 1908 au Gouvernement siamois.

Thèses des Parties.

La Thaïlande a contesté toute prétention basée sur la carte de

op. cit., pp. 371, 376, Barale, *op. cit.*, pp. 423-424, Blum, *op. cit.*, pp. 91, 94, 96, Louis, *Estoppel*, pp. 222, 229-230, 234, Philippe Cahier, « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Genève : Faculté de droit et Institut universitaire de hautes études internationales, 1968), pp. 239-241, Dominicié, *Estoppel*, pp. 330, note 8, 350, 356-357, Ch. De Visscher, *Problèmes de confins en droit international public* (Paris : Pedone, 1969), pp. 49-51, Lang, *op. cit.*, pp. 41, 52, 53-55, Youakim, *Estoppel*, pp. 1, 24, 26, 47, 51-53, 76-82, 86, 102-107, Müller, *op. cit.*, pp. 22-27 Jacqué, *op. cit.*, pp. 215-217, Charles De Visscher, *De l'équité*, pp. 49, note 1, 51, Vallée, *Estoppel*, pp. 957-962, 971, note 82, 981, 983, note 114, 989-990.

243. Cf. *supra*, p. 90 (affaire de la frontière des Andes) et p. 91 (affaire de la frontière occidentale indo-pakistanaise).

244. Cf. C.I.J. *Recueil* 1962, pp. 14-22.

l'annexe I. Elle a affirmé que cette carte, qui comportait d'ailleurs à son avis une erreur importante, n'était pas l'œuvre de la commission mixte et n'avait jamais été approuvée par celle-ci, qui avait cessé d'exister plusieurs mois avant l'établissement de ce document ; elle a soutenu en outre qu'elle n'avait jamais accepté la carte ni la frontière qui y était indiquée (tout au moins en ce qui concerne Préah Vihear) de manière à être liée par cette acceptation ou subsidiairement que, si elle avait paru accepter la carte, elle ne l'avait fait qu'en raison d'une croyance erronée ²⁴⁵.

S'élevant contre cette thèse, le Cambodge s'est attaché tout d'abord à démontrer que, par différents actes et par son attitude, la Thaïlande avait reconnu, approuvé et accepté sans protestation ni réserve la carte en question et n'était dès lors plus recevable à contester la délimitation opérée ²⁴⁶. Ce n'est qu'au cours de la procédure orale que son conseil, M. Paul Reuter, s'est efforcé de préciser cet argument en se référant notamment à l'institution de l'*estoppel* largement interprété :

« ... il resterait peut-être à qualifier d'une manière plus précise sur le plan juridique la racine de cette prétention cambodgienne dont nous n'avons jusqu'à présent fait que décrire en quelque sorte les aspects externes. Le moment n'est-il pas venu de faire rentrer ces faits soumis à la Cour dans le cadre d'une théorie juridique plus générale ? On pourrait alors évoquer soit l'*estoppel*, soit la prescription acquisitive, soit la consolidation d'un titre par la coutume, soit encore d'autres notions. Nous pensons certes qu'aucune de ces notions n'est étrangère à la présente affaire, et nous demandons à la Cour la permission de le montrer brièvement. Ce sera l'objet d'un premier point. Mais nous avons aussi quelque hésitation à prendre ici devant la Cour une position théorique trop rigide. C'est là un deuxième point sur lequel nous terminerons notre exposé.

Il n'est pas douteux pour le Cambodge que l'on pourrait songer à évoquer ici, et de bien des manières, l'*estoppel*, ou au moins les principes généraux qui commandent l'*estoppel*. Certes, ce serait en tremblant qu'un juriste continental aborderait un pareil sujet... Mais il ne s'agit pas pour nous de traiter à fond cette question, mais simplement de l'évoquer dans ses lignes les plus générales.

On a pu définir l'*estoppel* tel qu'il semble reçu en droit international comme une exception, opposée à une allégation qui, bien que conforme peut-être à la réalité des faits, est contraire à une attitude antérieure d'une des parties. Sans avoir à entrer ici dans toutes les finesses, qui sont grandes, de l'analyse juridique anglosaxonne, il faut simplement relever que dans les relations internationales la doctrine fait de l'*estoppel* un mécanisme répondant au principe général de la bonne foi et au besoin de sécurité qui régit les sociétés humaines. Dans la présente affaire, c'est l'attitude de la Thaïlande, c'est ce silence gardé pendant de longues années qui

245. *Ibid.*, p. 21.

246. Voir en particulier *C.I.J. Mémoires, Temple de Préah Vihear*, vol. I, *Réplique cambodgienne*, pp. 439, 462-464, 472, et vol. II, *Argument of Mr. Dean Acheson (Counsel for the Government of Cambodia)*, pp. 147-153.

est en contradiction avec les thèses actuellement soutenues. La position des autorités cambodgiennes, rappelons-le une fois de plus, est très claire dès l'origine. Elles considèrent que l'annexe I est une affirmation de souveraineté notoire, parfaite en ce qui concerne la connaissance que peut en avoir pris la Thaïlande. Elles considèrent aussi, deuxièmement, nous l'avons dit, que cette délimitation sur la carte est faite conformément au droit et a été l'objet d'un travail en commun et d'un accord. La Thaïlande n'est plus recevable à soutenir aujourd'hui qu'il n'en est pas ainsi, alors qu'elle a laissé se créer une situation apparente fortifiée par l'usage qu'elle a fait de cette carte et à laquelle il lui était facile — nous l'avons montré — de s'opposer. » ²⁴⁷

Il s'est placé ensuite sur le plan de la prescription acquisitive et sur celui de la consolidation d'un titre par le temps ²⁴⁸ et, ayant fait part de ses doutes sur la nécessité de donner à l'argumentation cambodgienne une forme aussi rigide et de son sentiment que la jurisprudence internationale n'avait pas estimé nécessaire de qualifier les mécanismes formels qui consacrent la vertu consolidatrice du temps, il a néanmoins souligné que si les arbitres avaient hésité à appliquer en droit international la théorie de la prescription acquisitive, il s'étaient par contre demandé « si la théorie de l'estoppel ne fournissait pas, dans certains cas, des éléments utilisables dans un litige territorial » ²⁴⁹ et il a mentionné à ce sujet certaines affaires où « l'estoppel avait pu apparaître comme un *ersatz*, comme un substitut de la prescription » ²⁵⁰.

Dans sa réponse, le conseil de la Thaïlande, sir Frank Soskice, s'est vivement élevé contre une conception aussi extensive de l'estoppel ²⁵¹. Reconnaisant que cette théorie trouvait certainement sa place en droit international mais considérant qu'elle avait été construite de façon rigoureuse par les tribunaux, il a affirmé, après avoir reproduit la définition stricte que la Cour permanente en avait donnée dans l'affaire des emprunts serbes ²⁵² :

247. *Ibid.*, vol. II, *Plaidoirie de M. Paul Reuter (Conseil du Gouvernement du Cambodge)*, pp. 204-205.

248. *Ibid.*, pp. 205-207.

249. *Ibid.*, p. 207.

250. *Ibid.*, pp. 207-208. M. Reuter s'est référé à deux décisions arbitrales mentionnées à ce sujet par Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 223-227 et 233-237, à savoir l'affaire de la mer de Behring (1893) et l'affaire des frontières de l'Alaska (1903). Dans l'affaire de la mer de Behring (cf. Moore, *International Arbitrations*, tome V, p. 4891, et La Fontaine, *op. cit.*, p. 422), l'un des membres du tribunal, Lord Hannen, avait dénié l'existence en droit international de la doctrine de la prescription, que l'une des Parties au litige avait invoquée, mais avait fait observer que l'on aurait pu se fonder en l'espèce sur l'estoppel ; dans l'affaire des frontières de l'Alaska (cf. *Proceedings of the Alaskan Boundary Tribunal (U.S. Sen. Doc. No 162, 58th Congress, 2nd Session)*, 7 vol., Washington, 1904), le président du tribunal, Lord Alverstone, a déclaré, se ralliant aux vues émises par Lord Hannen dans l'affaire de la mer de Behring, que « while prescription so called was not recognised in international law, estoppel and acquiescence might be of considerable importance ».

251. C.I.J. *Mémoires, Temple de Préah Vihéar*, vol. II, *Argument of Sir Frank Soskice (Counsel for the Government of Thailand)*, p. 300.

252. Cf. *infra*, pp. 150-151.

« It is, I submit, an indispensable prerequisite for the application of the doctrine of estoppel : in the first place that the representation in question should have been clear and unequivocal ; and in the second place that it should have been one upon which the party to whom it was made was entitled to rely, and one on which that party did rely, with the result that his position was worsened.

It is at once apparent, it is submitted, that Cambodia has never, from the beginning to the end of this case, suggested that anybody made any such categoric statement intending to bind Thailand and being understood by those to whom the statement was made as intending to bind Thailand » ²⁵³,

et il a critiqué le caractère vague et imprécis de l'argumentation adverse :

« As he [M. Reuter] developed his argument, he referred to the doctrine of estoppel, to acquiescence and to the acquisition of title by prescription. Professor Reuter said that estoppel might assist his case ; it might be a case of prescription ; he did not think it proper to crystallize his submissions into any very precise form ; he preferred the elasticity of international law to a formalized code ; each of these doctrines he toys with, approaches them as it were, then retreats from the them in alarm.

Mr. President and Members of the Court, international law is elastic in the sense that it constantly has to evolve in order to meet new situations. That does not, however, mean that it is formless. On the contrary, it has been coalesced by the thinking of international jurists into distinct and well-recognized principles, clearly identifiable. It is surely for the advocate, in presenting his case, to select which of those principles he relies on and to say distinctly how he seeks to fit his case into that principle. He must, equally, I submit, explicitly discard those principles on which he does not rely. » ²⁵⁴

Arrêt de la C.I.J.

La Cour internationale a reconnu que la carte de l'annexe I ne possédait pas de caractère obligatoire à l'origine et au moment où elle avait été dressée ²⁵⁵ mais, considérant que le problème essentiel en l'espèce était de savoir si les Parties avaient adopté la carte de l'annexe I, et la ligne qu'elle indiquait, comme représentant le résultat des travaux de délimitation de la frontière dans la région de Préah Vihear et avaient conféré de la sorte un caractère obligatoire à cette carte ²⁵⁶, elle a déclaré, après avoir examiné de façon approfondie l'ensemble des faits et allégations avancés à ce sujet par les Parties, qu'un accusé de réception très net ressortait de la conduite du Siam en 1908-1909 à la suite de la communication de la carte par les autorités françaises et que, même s'il n'en avait pas été ainsi, l'absence de

253. *Argument of Sir Frank Soskice, loc. cit.*

254. *Ibid.*, p. 323.

255. *C.I.J. Recueil* 1962, pp. 21-22.

256. *Ibid.*, p. 22.

protestation des autorités siamoises pendant de nombreuses années obligeait à conclure à leur acquiescement²⁵⁷. Ayant consacré l'essentiel de sa démonstration à la reconnaissance par la Thaïlande de la souveraineté cambodgienne sur la région considérée, reconnaissance attestée à son avis par l'acceptation en 1908 de la carte de l'annexe I et par l'attitude subséquente des autorités siamoises, elle a estimé utile de renforcer ses conclusions en soulignant — retenant en quelque sorte l'argument cambodgien fondé sur l'*estoppel*, mais évitant d'utiliser ce terme — que la Thaïlande aurait été en tout état de cause forclosé (*precluded*), en raison de sa conduite, à dénier son acceptation de la carte :

« Even if there were any doubt as to Siam's acceptance of the map in 1908, and hence of the frontier indicated thereon, the Court would consider, in the light of the subsequent course of events, that Thailand is now precluded by her conduct from asserting that she did not accept it. She has, for fifty years, enjoyed such benefits as the Treaty of 1904 conferred on her, if only the benefit of a stable frontier. France, and through her Cambodia, relied on Thailand's acceptance of the map. Since neither side can plead error, it is immaterial whether or not this reliance was based on a belief that the map was correct. It is not now open to Thailand, while continuing to claim and enjoy the benefits of the settlement, to deny that she was ever a consenting party to it. »²⁵⁸

Plusieurs auteurs considèrent qu'elle a accordé ici une place prédominante à l'argument d'*estoppel* avancé par le Cambodge²⁵⁹, mais il paraît plus exact d'estimer, avec un commentateur²⁶⁰, qu'elle ne s'y est référée que de façon subsidiaire, d'autant plus qu'elle s'est empressée d'ajouter :

« The Court however considers that Thailand in 1908-1909 did accept the Annex I map as representing the outcome of the work of delimitation, and hence recognized the line on that map as being the frontier line; the effect of which is to situate Preah Vihear in the Cambodian territory. The Court considers further that, looked at as a whole, Thailand's subsequent conduct confirms and bears out her original acceptance, and that Thailand's acts on the ground do not suffice to negative this. Both Parties, by their conduct, recognized the line and thereby in effect agreed to regard it as being the frontier line. »²⁶¹

On ne saurait donc tirer de cette décision un enseignement certain sur la construction juridique de l'*estoppel* en droit international, la Cour ne parlant du reste que de forclusion (*preclusion*) — terme

257. *Ibid.*, p. 22-23.

258. *Ibid.*, p. 32.

259. Notamment Cot, *Préah Vihear*, p. 243, Johnson, *Preah Vihear*, p. 1200, Verzijl, *Preah Vihear*, p. 238, Jennings, *op. cit.*, p. 47, Louis, *Estoppel*, p. 229, Ch. De Visscher, *Problèmes de confins en droit international public*, *op. cit.*, p. 50, Lang, *op. cit.*, p. 55.

260. Dominici, *Estoppel*, p. 357.

261. *C.I.J. Recueil 1962*, pp. 32-33.

qui n'apparaît malheureusement pas dans la traduction française du texte anglais faisant foi. Il est difficile de savoir si elle aurait bâti son raisonnement sur ce point de façon plus rigoureuse dans le cas où, au lieu de l'examiner à titre secondaire, elle aurait déclaré d'emblée qu'il n'y avait pas lieu pour elle de rechercher si la carte avait été acceptée par le Siam, ce fait devant être tenu pour acquis en raison du comportement de cet Etat et des conséquences de ce comportement²⁶². On peut certes noter que non satisfaite de l'*estoppel lato sensu* invoqué par le Cambodge²⁶³, elle a tenu à constater l'existence de certains des éléments constitutifs qui caractérisent l'*estoppel by representation* de la *common law* en soulignant que la Thaïlande avait, en raison de sa conduite à laquelle l'autre Partie s'était fiée, « joui des avantages que la convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable »²⁶⁴ et ne pouvait aujourd'hui « tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir, contester qu'elle ait jamais été partie consentante au règlement »²⁶⁵. Mais on doit constater qu'elle n'a pas recherché avec soin la nature et la portée des avantages en question et qu'elle n'a pas parlé d'un préjudice subi par le Cambodge, ou, tout au moins, d'une modification dans la position respective des Parties.

Cette construction de l'arrêt n'a d'ailleurs pas donné entière satisfaction à plusieurs juges qui se sont attachés à préciser leur conception de l'*estoppel* dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, apportant une contribution des plus utiles. Si l'un d'entre eux (M. Alfaro) a cru possible d'affirmer — se référant à une abondante jurisprudence — que le droit international avait établi en la matière un principe dépourvu de toute technicité, trois autres (respectivement sir Gerald Fitzmaurice, M. Wellington Koo et sir Percy Spender) ont considéré au contraire que la formule de l'arrêt était trop large et se sont efforcés, s'inspirant manifestement de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*, de délimiter strictement les éléments constitutifs de cette règle en droit international.

Opinions jointes à l'arrêt.

Dans son opinion individuelle entièrement consacrée à cette question, M. Alfaro a estimé que l'arrêt était essentiellement basé sur un principe de droit, souvent appliqué par les tribunaux internationaux, selon lequel un Etat partie à un litige international est tenu par ses actes antérieurs lorsqu'ils sont en contradiction avec ses prétentions dans le litige²⁶⁶. On peut noter qu'il a marqué quelque incertitude

262. Voir à ce sujet les remarques de Dominicé, *loc. cit.*

263. Cf. l'argument d'*estoppel* avancé par M. Reuter, *supra*, pp. 123-124.

264. C.I.J. Recueil 1962, p. 32 (traduction de la Cour).

265. *Ibid.*

266. *Ibid.*, *Separate Opinion of Vice-President Alfaro*, pp. 39-51.

quant à la dénomination et à la construction juridique exactes de ce principe, puisqu'il a affirmé tout d'abord :

« This principle, as I understand it, is that a State party to an international litigation is bound by its previous acts or attitude when they are in contradiction with its claims in the litigation.

I have no doubt that enunciated in these broad terms the soundness and justice of the rule is generally accepted. However it is manifest that wide divergences exist as to its meaning, its character, its scope and even its denomination ; and inasmuch as a judgment of the Court could not be expected to deal with these particulars, I have thought necessary, as a matter of conscience, to state the views by which I have been guided in the adoption of this decision.

The principle, not infrequently called a doctrine, has been referred to by the terms of 'estoppel', 'preclusion', 'forclusion', 'acquiescence'. I abstain from adopting any of these particular designations, as I do not believe that any of them fits exactly to the principle or doctrine as applied in international cases.

[Suit la citation d'une définition de l'*estoppel* donnée par un internationaliste français ²⁶⁷].

However, when compared with definitions and comments contained in Anglo-American legal texts we cannot fail to recognize that while the principle, as above enunciated, underlies the Anglo-Saxon doctrine of estoppel, there is a very substantial difference between the simple and clear-cut rule adopted and applied in the international field and the complicated classifications, modalities, species, sub-species and procedural features of the municipal system. It thus results that in some international cases the decision may have nothing in common with the Anglo-Saxon estoppel, while at the same time notions may be found in the latter that are manifestly extraneous to international practice and jurisprudence » ²⁶⁸,

mais qu'il s'est référé ensuite uniquement à des auteurs qui avaient estimé possible d'attribuer à des situations de ce type l'effet de l'*estoppel* (*lato* ou *stricto sensu*) et qu'il a mentionné, notamment, des affaires dans lesquelles une Partie, le tribunal, un arbitre ou un juge avaient précisément fait appel à l'*estoppel* (technique ou non technique) dans des cas analogues ²⁶⁹. On peut considérer, avec la majorité des auteurs ²⁷⁰, qu'il avait en vue — malgré ses quelques réserves initiales d'ordre terminologique — l'*estoppel* largement

267. Définition avancée par M. Jules Basdevant dans son *Dictionnaire de la terminologie du droit international* (Paris : Sirey, 1960), p. 263. Cette définition est citée et analysée *infra*, p. 184.

268. *C.I.J. Recueil* 1962, pp. 39-40.

269. *Ibid.*, p. 40 et ss. Il a cité en effet des passages tirés de Lauterpacht, *Private Law Sources* et « Sovereignty over Submarine Areas », *B.Y.B.I.L.* 1950, p. 376 et ss., ainsi que de Cheng, *op. cit.*, Bowett, *Estoppel*, MacGibbon, *Estoppel*, et il s'est référé, entre autres, à l'affaire du fonds pieux des Californies (cf. *supra*, pp. 79-80), à l'affaire Salvador Commercial Co. (cf. *supra*, p. 80), à l'affaire Landreau (cf. *supra*, p. 81), à l'affaire des emprunts serbes (cf. *infra*, p. 147 et ss.), à l'affaire Shufeldt (cf. *infra*, p. 152 et ss.), à l'affaire des Minquiers et des Ecréhous (cf. *supra*, p. 85) et à l'affaire Nottebohm (cf. *supra*, p. 107 et ss.).

270. Notamment Cot, *Préah Vihear*, p. 244, Mosconi, *Estoppel*, p. 404, Verzijl, *Preah Vihear*, p. 249, Jennings, *op. cit.*, p. 50, note 3, Louis, *Estoppel*, p. 230, Dominicié, *Estoppel*, p. 330, note 8, et Lang, *op. cit.*, p. 52.

entendu. C'est ainsi d'ailleurs que l'ont compris ceux qui, comme on l'a indiqué²⁷¹, n'ont pas hésité ultérieurement à citer des passages de cette opinion pour justifier leur recours à l'*estoppel lato sensu*. Sa conception extensive ressort tout particulièrement des considérations suivantes :

« Whatever term or terms be employed to designate this principle such as it has been applied in the international sphere, its substance is always the same : inconsistency between claims or allegations put forward by a State, and its previous conduct in connection therewith, is not admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Its purpose is always the same : a State must not be permitted to benefit by its own inconsistency to the prejudice of another State (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). A fortiori, the State must not be allowed to benefit by its inconsistency when it is through its own wrong or illegal act that the other party has been deprived of its right or prevented from exercising it. (*Nullus commodum capere de sua injuria propria*.) Finally, the legal effect of the principle is always the same : the party which by its recognition, its representation, its declaration, its conduct or its silence has maintained an attitude manifestly contrary to the right it is claiming before an international tribunal is precluded from claiming that right (*venire contra factum proprium non valet*) »²⁷²,

et des vingt-cinq affaires qu'il a jugé possible d'invoquer pour établir que la Cour de La Haye et les tribunaux arbitraux avaient appliqué ou reconnu un tel principe, affaires qui ont trait, pour la plupart, au problème général de la naissance, de la modification ou de l'extinction de droits et d'obligations par acquiescement, reconnaissance ou renonciation et se ramènent donc — comme on le soulignera plus loin²⁷³ — à des institutions du droit international autres que l'*estoppel*²⁷⁴.

Ce sont des vues beaucoup plus restrictives qu'un autre juge de la majorité, sir Gerald Fitzmaurice, a présentées au sujet de la théorie de l'*estoppel* en droit international, encore qu'il paraisse s'être prononcé à la fin de son exposé en faveur d'une conception assez large de la règle²⁷⁵. Tout en déclarant se rallier entièrement au dispositif de la décision, il a estimé nécessaire de développer certaines questions et d'examiner notamment le problème de l'*estoppel* que l'arrêt, à son avis, n'avait fait qu'esquisser. Considérant que la Cour avait appliqué

271. *Supra*, pp. 89-91 (affaire de la frontière des Andes) et pp. 91-92 (affaire de la frontière occidentale indo-pakistanaise).

272. C.I.J. Recueil 1962, p. 40.

273. *Infra*, Chapitre V, p. 193 et ss.

274. Cf. C.I.J. Recueil, pp. 43-51. M. Alfaro a d'ailleurs estimé possible de classer ces différentes affaires sous les sept rubriques suivantes : « Accord ou reconnaissance exprès » (pp. 43-44) ; « Reconnaissance par conduite et accord exprès » (pp. 44-45) ; « Passivité en face d'actes contraires. Abandon de droits » (pp. 45-46) ; « Absence de protestation » (pp. 46-47) ; « Absence de réserves de droits » (pp. 47-49) ; « Contradiction » (pp. 49-51).

275. *Ibid.*, Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, pp. 62-65 (sous *The principle of preclusion and estoppel*).

dans cette affaire le principe de la forclusion et de l'estoppel (*the principle of preclusion and estoppel*) « to the effect that even if there could be any doubt as to whether Thailand did originally accept the Annex I map and line, so as to become bound by it, she is precluded by her subsequent conduct from now asserting her non-acceptance »²⁷⁶, il a expliqué de façon détaillée les raisons pour lesquelles ce principe devait être rigoureusement construit :

« The principle of preclusion is the nearest equivalent in the field of international law to the common-law rule of estoppel, though perhaps not applied under such strict limiting conditions (and it is certainly applied as a rule of substance and not merely as one of evidence or procedure). It is quite distinct theoretically from the notion of acquiescence. But acquiescence can operate as a preclusion or estoppel in certain cases, for instance where silence, on an occasion where there was a duty or need to speak or act, implies agreement, or a waiver of rights, and can be regarded as a representation to that effect... On that basis, it must be held in the present case that Thailand's silence, in circumstances in which silence meant acquiescence, or acted as a representation of acceptance of the map line, operates to preclude or estop her from denying such acceptance, or operates as a waiver of her original right to reject the map line or its direction at Preah Vihear.

However, in those cases where it can be shown that a party has, by conduct or otherwise, undertaken, or become bound by, an obligation, it is strictly not necessary or appropriate to invoke any rule of preclusion or estoppel, although the language of that rule is, in practice, often employed to describe the situation. Thus it may be said that A having accepted a certain obligation, or having become bound by a certain instrument, cannot now be heard to deny the fact, to 'blow hot and cold'. True enough, A cannot be heard to deny it; but what this really means is simply that A is bound, and, being bound, cannot escape from the obligation merely by denying its existence. In other words, if the denial can be shown to be false, there is no room or need for any plea of preclusion or estoppel. Such a plea is essentially a means of excluding a denial that might be *correct* — irrespective of its correctness. It prevents the assertion of what might in fact be *true*. Its use must in consequence be subject to certain limitations. The real field of operation, therefore, of the rule of preclusion or estoppel, *stricto sensu*, in the present context, is where it is possible that the party concerned did not give the undertaking or accept the obligation in question (or there is room for doubt whether it did), but where that party's subsequent conduct has been such, and has had such consequences, that it cannot be allowed to deny the existence of an undertaking, or that it is bound.

The essential condition of the operation of the rule of preclusion or estoppel, as strictly to be understood, is that the party invoking the rule must have 'relied upon' the statements or conduct of the other party, either to its own detriment or to the other's advantage. The often invoked necessity for a consequent 'change of position'

276. *Ibid.*, p. 62.

on the part of the party invoking preclusion or estoppel is implied in this. A frequent source of misapprehension in this connection is the assumption that change of position means that the party invoking preclusion or estoppel must have been led to change its own position, by action it has itself taken consequent on the statements or conduct of the other party. It certainly includes that: but what it really means is that these statements, or this conduct, must have brought about a change in the *relative* positions of the parties, worsening that of the one, or improving that of the other, or both.

The same requirement, that a change or alteration in the relative positions of the parties should have been caused, covers also certain other notions usually closely associated with the principle of preclusion or estoppel, such as for instance that the one party must have 'relied' on the statements or conduct of the other; or that the latter must, by the same means, have 'held itself out' as adopting a certain attitude; or must have made a 'representation' of some kind. These factors are no doubt normally present; but the essential question is and remains whether the statements or conduct of the party impugned produced a change in relative positions, to its advantage or the other's detriment. If so, that party cannot be heard to deny what it said or did.»²⁷⁷

C'était souligner l'inutilité de recourir à l'*estoppel lato sensu* et la nécessité, pour donner à ce principe tout son sens, de le construire en retenant les éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* de la *common law*. Mais on doit constater qu'il n'a pas examiné ensuite avec soin si les conditions restrictives qu'il venait d'énoncer étaient remplies en l'espèce, puisqu'il s'est borné à noter :

« Applying this test to the circumstances of the present case, there can be little doubt that Cambodia's legal position was weakened by the fact that (although a striking assertion of her sovereignty had been manifested on the occasion of Prince Damrong's [un prince siamois] visit in 1930) it was not until 1949 that any protest on the diplomatic level was made about local acts of Thailand in violation, or at any rate in implied denial, of that sovereignty. But France (exercising the protectorate) was entitled to assume from the conduct of the central Siamese authorities that the latter accepted the frontier as mapped at Preah Vihear. On that basis, but on that basis only, France could safely ignore the activities of local Siamese authorities, and (the war period being ruled out, as I think it must be in this case) confine her diplomatic action, as she seems to have done, to cases clearly involving the central Siamese authorities.

Similarly, it was only on the basis of a justifiable assumption of Thailand's acceptance of the frontier line as mapped that a comparatively low level of administrative activity on the part of France and Cambodia at Preah Vihear would have been compatible with the upkeep of sovereignty. It is an established principle of international law that, especially in wild or remote regions,

277. *Ibid.*, pp. 62-64.

comparatively few acts are necessary for that purpose where the title does not primarily depend on the character or number of those acts themselves, but derives from a known and independent source, such as a treaty settlement. On the basis therefore of the acceptance of the map line by Thailand, as part of the treaty settlement, there would, in the upkeep of Cambodian title, have been no need (in respect of such a locality as that of the Temple area) to perform any but the most minimal and routine acts of administration. Clearly, if Thailand could now be heard to deny this acceptance, the whole legal foundation on which the relative inactivity of France and Cambodia in this region was fully explicable would be destroyed. » ²⁷⁸,

et qu'il semble même s'être rallié en fin de compte, paradoxalement, à une conception plus large de la règle :

« In addition to the foregoing considerations, it may be useful to recall a deliberately non-technical statement of the matter given by a former Judge of the Court (writing in another capacity), as follows :

'A State cannot be allowed to avail itself of the advantages of the treaty when in suits it to do so and repudiate it when its performance becomes onerous. It is of little consequence whether that rule is based on what in English law is known as the principle of estoppel or the more generally conceived requirement of good faith. The former is probably not more than one of the aspects of the latter.' (Lauterpacht, *Report on the Law of Treaties*, U.N. Document A/CN.4/63 of 24 March 1953, p. 157). » ²⁷⁹

Dans leurs opinions dissidentes, M. Wellington Koo et sir Percy Spender ont estimé, contrairement à sir Gerald Fitzmaurice, que les éléments constitutifs du principe de la forclusion (*principle of preclusion*) — terme qu'ils semblent avoir préféré à celui d'*estoppel* pour des raisons qui n'apparaissent pas clairement, puisqu'ils en ont donné une définition calquée sur celle de l'*estoppel by representation* du droit interne ²⁸⁰ — n'étaient pas établis en l'espèce. M. Wellington Koo a déclaré en effet :

« Nor is there substantial ground for application of the principle of preclusion. The legal basis of that principle is that one party has relied on the statement or conduct of the other either to its own detriment or to the other's advantage. In the present case Thailand has not made a statement at any time indicating her acceptance or recognition of the frontier line marked on the Annex I map. As regards the allegation of her silence as warranting the presumption of such acceptance or recognition, it is plainly contradicted by evidence of sustained State activity in exercise of sovereignty in the Temple area. There is no evidence to show that

278. *Ibid.*, p. 64.

279. *Ibid.*, pp. 64-65.

280. Voir cependant les remarques d'ordre terminologique présentées à ce sujet *infra*, pp. 212 *in fine* - 214.

France, as Cambodia's protecting State, ever relied on Thailand's silence to her own detriment. Thailand's unequivocal conduct relating to the Temple area has continued to be the same after 1904-1908 as it had been before this period. France's own failure to make a protest or raise any question about it until 1949 appears to have confirmed Thailand's belief that the said area had always remained under Thai sovereignty under the Treaty of 1904. Nor could it be validly argued that Thailand had derived special advantage from France's reliance, if there had been such, on her alleged silent acceptance of the Annex I map in 1908. In fact, as has just been shown, for over 40 years no such reliance appears to have been placed by France on the alleged binding character of the said map. What benefit Thailand may have received from the stability of the frontiers marked on the other ten maps, she has been entitled to it under the Treaty of 1904 and the delimitation work of the first Mixed Commission. These maps have not been put in question at any time. As regards the frontier of the Dangrek sector [secteur où se trouvait situé Préah Vihear], if Thailand could be said to have enjoyed the advantage of stability, apart from her constant belief of the Temple area being always under her own sovereignty, it was due, not to any reliance by France upon Thailand's alleged acceptance of the Annex I map as binding on her, but rather to an apparent doubt on the part of the French authorities as to where the correct line really was with reference to the location of the Temple — a doubt which explains their continued silence and failure to raise any question in the face of the continued exercise of sovereignty by Thailand in the said area. In the light of the foregoing reasons, the application of the principle of preclusion against Thailand in the present case is, in my view, not justified. »²⁸¹

Sir Percy Spender a saisi quant à lui cette occasion pour présenter sa conception du principe de la forclusion — équivalent, comme il l'a souligné, de l'*estoppel* du droit anglo-américain²⁸² — de façon plus détaillée qu'il ne l'avait fait dans l'*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*²⁸³. L'intérêt que revêt sa longue analyse justifie que l'on en cite de larges extraits, car on s'y référera à plusieurs reprises par la suite. Sir Percy a pris en effet un soin particulier à expliquer les dangers qui lui paraissaient se rattacher à une interprétation trop large de ce principe, et ses remarques sont dignes d'attention. Ayant estimé que la question cruciale qui se posait en l'espèce — et que la Cour, à son avis, avait laissée sans réponse — n'était pas de savoir si le Siam avait reconnu et accepté la carte de l'annexe I ou y avait acquiescé, mais si la conduite de la France et du Siam avait jamais donné lieu entre eux à un arrangement conventionnel implicite en vertu duquel ils étaient convenus, d'être liés par la frontière de l'annexe I²⁸⁴, il a déclaré :

281. *C.I.J. Recueil 1962*, p. 97, par. 47.

282. *Ibid.*, p. 131. Le passage où figure cette affirmation est reproduit ci-dessous, p. 134.

283. Cf. *supra*, pp. 120-121.

284. *C.I.J. Recueil 1962*, p. 130.

« It is my view that unless the conduct of Thailand since 1908 has resulted in her being precluded from denying that the line on Annex I is the frontier line... or unless there can be established a new and fresh conventional arrangement between the two States, any recognition by Siam of Annex I and of the line shown thereon cannot be conclusive against Thailand. »²⁸⁵

Il a précisé alors les circonstances dans lesquelles un acte unilatéral comme la reconnaissance ou l'acquiescement lui semblait pouvoir devenir la source d'un droit ou d'une obligation, soulignant notamment :

« The act of recognition is not ... a unilateral juridical act which of its own force precludes a State from thereafter challenging the fact or situation recognized. It may, depending upon the circumstances, provide strong, perhaps overwhelming, evidence of the truth of the fact or situation recognized; it may provide only evidence which is destroyed or modified by other evidence. Preclusion — or, to use its Anglo-Saxon equivalent, estoppel — may however only occur where all the elements which constitute the principle of preclusion can be shown to exist.

There is a close affinity between prescription, preclusion, recognition, acquiescence and absence of protest. The principle of preclusion is however, in my view, quite distinct from the concept of recognition (or acquiescence), though the latter may, as any conduct may, go to establish either prescription or preclusion »²⁸⁶,

et l'on peut considérer qu'il s'est prononcé clairement contre la conception extensive de l'*estoppel* en faisant observer :

« To accord to the concept of recognition by a State of a fact or situation, without more, the legal consequence of a preclusion not only finds, in my opinion, despite the views of certain writers, no authority as a principle of international law under Article 38 of the Statute of the Court, but provides an invitation to apply to the determination of a case in which recognition of a fact or of a situation is relied upon, considerations which are scarcely distinguishable from considerations *ex aequo et bono*.

The concepts of recognition and acquiescence are important elements of international law. They are not likely to add to their usefulness if pushed beyond their proper content.

In the present case any recognition by Siam of Annex I and the line of frontier shown thereon, or any acquiescence by Siam therein, is in my view of evidentiary value only. »²⁸⁷

Ce n'est qu'après avoir étudié l'ensemble des pièces pertinentes du dossier et constaté, d'une part, que la carte de l'annexe I n'était pas devenue partie intégrante du règlement conventionnel et, d'autre part, qu'aucune preuve n'avait été apportée démontrant l'existence d'un accord exprès entre la France et le Siam en ce qui concerne la fron-

285. *Ibid.*

286. *Ibid.*, pp. 130-131.

287. *Ibid.*, p. 131.

tière indiquée sur cette carte²⁸⁸, qu'il s'est penché sur la question de savoir si la Thaïlande était forclosée, en raison de son attitude en 1908 et depuis lors, à contester le tracé de la frontière figurant à l'annexe I. Il a réaffirmé tout d'abord très fermement son opposition à une interprétation trop large du principe de la forclusion (c'est-à-dire de l'*estoppel*), disant :

« Whether Thailand is precluded from contesting the frontier line shown on Annex I cannot be answered until the essential legal elements which constitute preclusion are ascertained.

The words 'adoption', 'acceptance', 'acquiescence' and 'recognition', which, in the course of the proceedings have been so often used, are apt I think to cloud legal principles unless it is quite clear in what sense they are being used.

These words are principally concerned with factual situations to which certain general principles of international law may apply and in so doing operate so as to affect legal rights and obligations as between States.

Moreover, phrases such as 'a party may not blow hot and cold' or '*allegans contraria non est audiendus*' and others to the same effect do not, in my view, express general principles of international law. They are but a convenient and compendious way in which, in a general sense, the reasons which underlie certain legal principles and rules may be described.

Any situation may, as has been stated, be the subject of an act of recognition or may be acquiesced in. A situation so recognized or accepted may, and usually does, acquire evidential value and in certain circumstances may attract of produce legal consequences creating, affecting, or changing a legal relationship between States.

There is however, in my view, no foundation in international law for the proposition that an act of recognition by a State or of acquiescence by a State in a situation of fact or law is a unilateral juridical act which, operating of its own force, has the legal consequence of precluding a party giving or making it from thereafter challenging the situation which is the subject of recognition or acquiescence.

.....

The principle of preclusion is a beneficent and powerful instrument of substantive international law. Based as it is upon the necessity for good faith between States in their relations one with another, it is not to be hedged in by artificial rules. It should not however be permitted to become so indefinite as to acquire the somewhat formless content of a maxim. And since the principle, when it is applicable to any given set of facts, substitutes relative truth for the judicial search for the truth, it should be applied with caution.»²⁸⁹

Et il a donné de ce principe une définition correspondant en substance à celle de l'*estoppel by representation* de la *common law* :

« In my opinion the principle operates to prevent a State contes-

288. *Ibid.*, pp. 132-142.

289. *Ibid.*, pp. 142 *in fine* — 143.

ting before the Court a situation contrary to a clear and unequivocal representation previously made by it to another State, either expressly or impliedly, on which representation the other State was, in the circumstances, entitled to rely and in fact did rely, and as a result that other State has been prejudiced or the State making it has secured some benefit or advantage for itself.

Unless the elements so stated can, in any particular case, be shown to exist, the principle has no application. » ²⁹⁰

Il s'est référé à ce propos à l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne ²⁹¹ — auquel il avait joint, comme on l'a vu ²⁹², une opinion individuelle essentiellement fondée sur le principe de la forclusion — en affirmant que cet arrêt n'avait ni élargi ni restreint ce principe, mais l'avait appliqué parce que tous les éléments constitutifs susmentionnés étaient présents. Il a considéré en revanche que le Cambodge n'avait pas réussi à établir l'existence de ces différents éléments dans la présente affaire, soulignant notamment :

« I greatly doubt whether any of the elements of preclusion have been established by Cambodia. Even were it established that Thailand's conduct did amount to some clear and unequivocal representation, and that France relied upon it and was entitled so to do, I do not think there is any evidence that France — or Cambodia — suffered any prejudice. Certainly no piece of evidence so far as I can recall was ever presented which could establish that either State did.

Nor is it apparent what benefit Thailand can be said to have obtained as a result of her absence of protest.

I do not find it, however, necessary to examine these matters.

In my opinion the evidence quite fails to establish any clear and unequivocal representation on the part of Thailand.

Moreover, I am satisfied that France never acted upon the faith of any representation which may be inferred from Thailand's conduct.

It is not sufficient to assert that she did, the evidence must establish it. The burden of proof lies upon Cambodia and, in my view, she has failed to discharge the burden.

France never in any manner, over a period of 50 years, suggested that she had relied upon any conduct on Siam's part. ...

The explanation is, I think, evident. France did not rely upon any conduct of Thailand in relation to Annex I. On the contrary, she relied solely upon the accuracy of the surveys and calculations of her own topographical officers and the map sheets drawn up by her own cartographers based upon those surveys and calculations. She acted not on the faith of Thailand's silence or other conduct, but upon the faith she reposed in the competence of the officers who established Annex I. ...

It was indeed not Thailand's reaction or attitude to the map sheets

290. *Ibid.*, pp. 143 in fine — 144.

291. Cf. *supra*, pp. 118-119.

292. *Supra*, pp. 120-121.

which determined France's course of action. On the contrary, as France knew, it was Siam who relied upon her in the drawing up of maps. In a letter of March 1909 the French Minister in Siam, reporting to the French Foreign Minister on the work of the Transcription Committee, reveals clearly enough that it was the policy of France that Siam should continue to rely upon her in matters touching the drawing up of maps. French interest in the Transcription Committee was not limited to its work. There was, the French Minister writes, also 'an ultimate aim ... entertained from the outset'. The objective was 'to persuade the Siamese to embark on a course that is likely to lead them to the goal we have in view, that is to say, to cause them, at a later stage, to appeal *invariably* for our help for the purpose of drawing up a map of Siam...'.²⁹³

For my part, I am satisfied that France, except in terms of her general political policy and of attracting Siam to a closer dependance upon her, had not the slightest interest in how Siam reacted to Annex I or any other of the map sheets; there was no reaction she could have expected. She knew the extent to which Siam was dependent upon her in the construction of the maps and she wanted that sense of dependence to remain. I am quite unimpressed by the contention put forward late in the day — a contention which there is not one piece of direct evidence to support — that France relied upon Siam's acceptance of Annex I. France produced the map sheets, including Annex I, was satisfied they were correctly drawn up and required no confirmation — and remained at all times satisfied they were correct. On that basis, and that basis alone, France conducted herself thenceforth.

In my opinion, Thailand is not precluded from alleging that the line on Annex I is not the frontier line.»²⁹³

C'était décrire, dans le style caractéristique d'un juriste formé à l'école de la *common law*, l'obligation qui incombe à une Partie à un litige de démontrer l'existence des différents éléments de l'*estoppel* qu'elle invoque²⁹⁴. Cette référence à la théorie classique de l'*estoppel by representation* ressort aussi clairement, d'ailleurs, des remarques qu'il a jugé bon de présenter au sujet de la mise en œuvre du principe de la forclusion en droit international, déclarant :

« The question of preclusion was not raised by Cambodia in her Application, but during the course of the oral proceedings. It occupied a distinctly subordinate place in the presentation of Cambodia's claim.

If a State claims it has been prejudiced by the conduct of another State in circumstances which prevent that other State from legally contesting what otherwise is an important fact or situation and fails to raise the issue of preclusion in any way until very late in the day, that is a circumstance which cannot be disregarded. It bears upon whether there is any substance in the claim.»²⁹⁵

293. *C.I.J. Recueil 1962*, pp. 144-146.

294. Voir les observations présentées à ce sujet *supra*, 1^{re} partie, par. 8-12, pp. 19-29, et *infra*, par. 90-104, pp. 272-303.

295. *C.I.J. Recueil 1962*, p. 144. Et voir les observations présentées au sujet de la mise en œuvre de l'*estoppel by representation* en droit anglais *supra*, pp. 39-41. Voir également *infra*, pp. 316-320 (« Mise en œuvre de l'*estoppel* en droit international public »).

Se rendant compte qu'il avait accordé une place considérable à cette question, sir Percy Spender a estimé nécessaire de signaler que cette affaire revêtait à son avis, sur le plan théorique, une portée qui dépassait les limites du présent litige²⁹⁶. Et l'on peut considérer que cette remarque était fort justifiée, vu les vastes débats contradictoires auxquels les deux conceptions générales opposées de l'*estoppel* n'avaient cessé de donner lieu devant la Cour de la Haye.

296. C.I.J. Recueil 1962, p. 146.

CHAPITRE III

L'AFFERMISSEMENT

DE LA CONCEPTION RESTRICTIVE DE L'ESTOPPEL

55. Remarques introductives. — On a déjà souligné que l'arbitrage international moderne a été profondément marqué, à ses débuts, par certaines théories du droit anglo-américain et que des avocats et des arbitres des pays de la *common law* n'ont pas hésité, dans certains cas, à se référer à l'*estoppel* technique tel qu'il a été mis au point *in foro domestico*, en insistant sur les différents éléments constitutifs de cette règle et en essayant de les adapter aux relations interétatiques²⁹⁷. Certaines affaires arbitrales fournissent donc les premiers exemples de l'appel à la conception restrictive de l'*estoppel* en droit des gens²⁹⁸. Cette détermination stricte de l'*estoppel* s'est progressivement affirmée par la suite. La Cour de La Haye a donné en effet à plusieurs reprises une définition rigoureuse de l'*estoppel*, sous l'influence sans doute de ses juges formés à l'école de la *common law*, et aussi, probablement, en raison des affaires arbitrales précitées, souvent invoquées à ce propos, et de l'argumentation convaincante de certains plaideurs²⁹⁹.

On vient de constater, en analysant les débats contradictoires sur l'*estoppel* devant la Cour de La Haye, que des Parties et des juges ont fréquemment défini l'*estoppel* du droit international en s'inspirant directement de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*³⁰⁰. Le présent Chapitre va tenter de démontrer que cette

297. Cf. *supra*, par. 38, p. 67.

298. Cf. *infra*, pp. 140-141 (affaire de la Guyane britannique), pp. 141-142 (affaire Corvaia), pp. 142-145 (affaire Tinoco), pp. 145-147 (affaire de Santa Isabel), pp. 152-154 (affaire Shufeldt).

299. Cf. *infra*, pp. 147-152 (affaire des emprunts serbes et brésiliens), pp. 154-157 (affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943), pp. 157-165 (affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires)), pp. 165-172 (affaires du plateau continental de la mer du Nord).

300. Cf. *supra*, pp. 93-138. Voir en particulier pp. 94-95 (affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube, Discours de M. Charles De Visscher (Roumanie)), pp. 98-99 et 99-100 (affaire du statut juridique du Groënland oriental, respectivement Réplique du Gouvernement danois et Duplique du Gouvernement norvégien), pp. 105-106 (affaire Losinger, respectivement Exposé de

conception restrictive de l'*estoppel* paraît s'être finalement imposée dans le droit des gens, ainsi que l'indiquent principalement différentes décisions arbitrales et judiciaires et, tout particulièrement, des affirmations de la C.I.J. dans les arrêts qu'elle a rendus dans l'*affaire de la Barcelona Traction* (exceptions préliminaires, 1964) et dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord* (1969). On constatera que des tribunaux internationaux ont souvent rejeté avec vigueur un argument d'*estoppel lato sensu* avancé par une Partie.

Il y a cependant lieu de signaler qu'une détermination stricte de l'*estoppel* ne semble pas avoir été prise en considération jusqu'ici — ainsi qu'en témoignent tout au moins les documents dont on a pu prendre connaissance — dans la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats et dans la pratique des Organisations internationales³⁰¹ ; cela tient probablement — comme on l'indiquera³⁰² — au caractère essentiellement judiciaire que revêt la règle de l'*estoppel* strictement interprété en droit international.

56. Affaire de la Guyane britannique (1899)³⁰³. — Cette affaire peut être mentionnée dans ce contexte en raison de la question que l'un des arbitres, Lord Russel, a posée en cours de procédure à la Partie qui avait invoqué l'*estoppel* pour obtenir des précisions sur celui-ci et, en particulier, pour savoir si la condition essentielle du préjudice subi était bien remplie en l'espèce.

Le Venezuela avait en effet plaidé l'*estoppel* à l'encontre de la Grande-Bretagne en affirmant que celle-ci, avec laquelle il avait conclu un accord en 1850 en partant de l'idée qu'elle ne présenterait pas ultérieurement de revendications territoriales allant au-delà d'une certaine ligne frontière — dénommée la *Palmerston Line* — figurant sur une carte qu'elle avait produite lors des négociations dudit accord et qu'elle avait clairement acceptée pendant de nombreuses

M. Sauser-Hall (Suisse) et Réplique de M. Stoykovitch (Yougoslavie)), pp. 107-108 et 108-109 (*affaire Nottebohm*, respectivement *Memorial of Liechtenstein* et *Contre-Mémoire du Guatemala*), pp. 113-114 et 117-118 (*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, respectivement *Duplique du Nicaragua*, *Oral Argument of Mr. Jessup (Nicaragua)* et *Duplique de M. Rolin (Nicaragua)*), pp. 124-125, 129-132 et 132-138 (*affaire du temple de Préah Vihear*, respectivement *Argument of Sir Frank Soskice (Counsel for the Government of Thailand)*, *Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice*, *Dissenting Opinion of Judge Wellington Koo* et *Dissenting Opinion of Sir Percy Spender*).

301. Voir cependant les indications données *infra*, note 472, p. 181, au sujet de l'*estoppel* auquel des personnalités françaises ont cru pouvoir se référer — s'inspirant de certains articles de Witenberg — lors des débats du Sénat et du Parlement français sur le moratoire Hoover et la question des créances américaines.

302. *Infra*, par. 89, pp. 260-271.

303. Références données *supra*, note 18, p. 68. Et voir Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 232-233, Friede, *Estoppel*, p. 533, Dominicé., *Estoppel*, p. 354.

années³⁰⁴, était *estopped* de présenter maintenant des revendications sensiblement plus étendues. Si l'on se réfère à un auteur³⁰⁵, le dialogue suivant est intervenu sur ce point entre Lord Russel et l'avocat du Venezuela, M. Soley :

« *Lord Russel* (arbitrator) : Is your point, then, that Great Britain is estopped from saying anything outside the Palmerston line ?

Mr. Soley : Absolutely, my lord.

Lord Russel : Estoppel ?

Mr. Soley : Absolute and complete estoppel.

Lord Russel : So that, if he [Lord Palmerston, qui avait présenté la carte en question lors des négociations de l'accord de 1850] made a mistake and was wrong, any different right cannot be asserted ?

Mr. Soley : Yes.

Lord Russel : Is that agreement really anything more than a *modus vivendi* till the respective rights are ascertained ?

Mr. Soley : It was vastly ... more. There are consequences that arise from the agreement. The very fact of a statement by Great Britain of the territory that she claimed was one of the most important elements for Venezuela to consider in entering into this agreement not to occupy or encroach...

Lord Russel : It depends if you can show that either party acted to their prejudice.

Mr. Soley : They agreed not to occupy this territory. It says that they conceded something. ... »³⁰⁶.

On ne peut tirer aucun enseignement à ce sujet de la sentence elle-même, qui a donné gain de cause au Venezuela mais n'est pas motivée. On peut tout au plus présumer que les arbitres ne sont pas restés insensibles à l'argumentation vénézuélienne et ont admis que cet Etat avait agi de bonne foi sous l'empire de la conviction que la *Palmerston Line* constituait la revendication maximale de la Grande-Bretagne³⁰⁷.

57. Affaire Corvaia (1903)³⁰⁸. — Le surarbitre, M. Ralston, s'est référé à l'*estoppel* strictement défini lorsqu'il a rejeté la réclamation que l'Italie avait présentée contre le Venezuela au nom du baron

304. Le Venezuela considérait que la Grande-Bretagne s'était conformée à la ligne en question pendant plus de quarante-six ans, c'est-à-dire de 1839 (date à laquelle la carte — dite « carte Schomburgk » — avait été établie) jusqu'en 1886 (date à laquelle la Grande-Bretagne avait publié une nouvelle carte, qui comportait une délimitation différente de la frontière).

305. Lauterpacht, *loc. cit.*

306. *Ibid.* Ce passage est tiré, selon cet auteur, de *British-Guiana-Venezuelan Boundary Arbitration, etc.* (Paris, 1899, 11 vol.), vol. VII, *Proceedings*, pp. 2024-2029.

307. Cf. Dominici, *Estoppel, loc. cit.*

308. Références données *supra*, note 19 bis, p. 68. Et voir Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 206, note 1, Friede, *Estoppel*, pp. 526-527, Bowett, *Estoppel*, p. 185, note 5, MacGibbon, *Estoppel*, p. 486, Jenks, *International Adjudication*, pp. 364 et 415, Dominici, *Estoppel*, p. 359, note 72, Youakim, *Estoppel*, pp. 225-227.

Fortunato Corvaia, qui avait longtemps assumé d'importantes fonctions dans le service diplomatique vénézuélien. Ayant affirmé que Corvaia, né ressortissant du Royaume des Deux-Siciles avant le rattachement de cet Etat à l'Italie, avait, en vertu même de la législation sicilienne puis italienne, perdu sa nationalité d'origine en acceptant lesdites fonctions, le surarbitre a ajouté en effet — mettant en exergue certains des éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* — que le Venezuela n'aurait certainement pas confié un tel emploi à Corvaia s'il n'avait pas supposé à juste titre que celui-ci avait implicitement renoncé à cette nationalité, que le Gouvernement vénézuélien subirait dès lors un préjudice vu le caractère confidentiel que revêtait cet emploi et que la réclamation de l'Italie n'était donc pas recevable (*Italy is, therefore, now estopped*) :

« The umpire is disposed to believe that the man who accepts, without the express permission of his own government and against the positive inhibitions of her laws, public and confidential employment from another nation is himself estopped from reverting to his prior condition to the prejudice of the country whose interests he has adopted. ...

A further point should not be omitted. We may believe Venezuela knew, as she might well have known, that when Corvaia entered her diplomatic service he abandoned all right to call himself as Sicilian. The Government might properly have hesitated or refused to receive into one of its most important employments a man who would be recognized by his original government as still attached to its interests. Italy is, therefore, now estopped to claim Corvaia as her citizen, standing in this respect as did the two Sicilies, and may not say that her laws are made to be broken and have no binding force when assumed interests dictate their disregard. » ³⁰⁹

58. Affaire Tinoco (1923) ³¹⁰. — Le Costa Rica avait invoqué l'*estoppel* largement entendu en affirmant que la Grande-Bretagne, qui n'avait pas reconnu en son temps le gouvernement de fait du général Tinoco, était *estopped* de venir présenter maintenant devant le tribunal une réclamation basée sur des actes de ce gouvernement. L'arbitre unique, M. William H. Taft (ancien président des Etats-Unis), a rejeté cet *estoppel* en se référant à la définition stricte de l'*equitable estoppel* du droit anglo-américain — terme qui, comme on l'a vu dans la première Partie, est utilisé parfois de préférence à celui d'*estoppel by representation* ³¹¹.

309. R.S.A.N.U., vol. X, p. 633.

310. Références données *supra*, note 20, p. 68. Et voir notamment Friede, *Estoppel*, pp. 542-545, Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 206, Bowett, *Estoppel*, pp. 193, 195, 196, note 1, Jean Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens* (Paris : Pedone, 1956, ci-après mentionné : « Charpentier, *Reconnaissance* »), pp. 50-51, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 477-479, 481, note 65, 486, Dominici, *Estoppel*, pp. 355, 364, Youakim, *Estoppel*, pp. 65-67, Vallée, *Estoppel*, pp. 965-966, 977, note 98, 979.

311. Cf. *supra*, p. 13 et note 31, p. 13. Et voir également les remarques présentées *infra*, p. 218, sur la distinction qui s'impose entre l'*equity* du droit anglo-américain et l'« équité » (faculté de statuer *ex æquo et bono*) au sens français du terme.

Les faits se présentaient comme suit : le gouvernement légal du Costa Rica avait été renversé en janvier 1917 par le ministre de la guerre Tinoco, qui avait pris le pouvoir et l'avait conservé jusqu'en septembre 1919. Au cours de son existence, le gouvernement Tinoco avait passé divers contrats de concession, notamment avec une compagnie à participation britannique, et émis de nouvelles coupures de billets de banque, dont la *Royal Bank of Canada* se trouvait porteur d'un certain nombre. A la chute de Tinoco, le gouvernement constitutionnel restauré avait déclaré nuls tous les contrats passés par le gouvernement déchu ainsi que l'émission des nouveaux billets. Mais la Grande-Bretagne, invoquant le principe de continuité de l'Etat, s'était estimée fondée à réclamer au nouveau gouvernement l'exécution des obligations contractées par son prédécesseur, qu'elle n'avait pas reconnu.

A l'appui de son argument, le Costa Rica s'était notamment référé à des décisions arbitrales internationales qui, à son avis, avaient appliqué l'*estoppel* dans des situations analogues³¹². Ces différents exemples démontraient à vrai dire sa conception très large de la règle car, dans chacune de ces affaires, le tribunal s'était borné à déclarer — sans faire appel à l'*estoppel* — que la réclamation ne pouvait être retenue en raison de l'inexistence d'un gouvernement *de facto*³¹³.

L'arbitre s'est élevé contre cette conception extensive de l'*estoppel* en expliquant pourquoi les différents précédents invoqués ne pouvaient être pris en considération à ce titre³¹⁴, et en déclarant :

312. Il s'agissait des affaires *Schultz et Jansen* (cf. Moore, *International Arbitrations*, vol. 3, respectivement p. 2973 et p. 2902), entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, et de l'affaire *Jarvis* (cf. Ralston, *Venezuelan Arbitrations*, p. 150), entre les Etats-Unis d'Amérique et le Venezuela. Les passages de ces sentences que le Costa-Rica a pris en considération au titre de l'*estoppel* (bien que ce terme n'ait été employé par l'arbitre, et de façon incidente, que dans l'affaire *Jarvis*) sont reproduits dans Friede, *Estoppel*, p. 543, note 79.

313. Voir les remarques présentées à leur propos ci-dessous, note 314.

314. M. Taft a fait observer : « *Precedents in American arbitrations are cited to show that an estoppel like the one urged does arise. They are Schultz's case ..., Janson's case ..., and Jarvis's case ... In the opinions of these cases delivered by American commissioners, there are expressions sustaining the view that the bar of an estoppel exists, but an examination shows that no authorities are cited and no arguments are made in support of the view. Moreover, the array of facts in the cases was conclusive against the existence of a de facto government, and the expressions were unnecessary to the conclusion. In Schultz's case the claim of an American citizen was against the Juarez government for loss of goods by fire between the lines of battle waged by Miramon's forces against Juarez's government. The claim against Juarez's government was plainly not sustainable, first because it occurred in the train of war and, second, because the Miramon forces never had in fact constituted a de facto government. The Janson's case before the same tribunal was for the value of an American bark seized by Miramon's soldiers to escape out of the country from the victorious army of Juarez. The commissioner devotes many pages to a résumé of evidence to show that neither Miramon nor Maximilian, with whom he acted, had ever had a de facto government; that Juarez was always in control of the greater part of Mexico and always resisting. The truth is that the language of the decisions should be more properly construed to emphasize the great and overwhelming weight to be given to the recognition of Juarez by the United States and its non-recognition of Miramon as evidence against the de facto* »

« It is ... objected by Costa Rica that Great Britain by her failure to recognize the Tinoco government is estopped now to urge claims of her subjects dependent upon the acts and contracts of the Tinoco government. The evidential weight of such non-recognition against the claim of its *de facto* character I have already considered and admitted. The contention here goes further and precludes a government which did not recognize a *de facto* government from appearing in an international tribunal in behalf of its nationals to claim any rights based on the acts of such government.

.....

I do not understand the arguments on which an equitable estoppel in such case can rest. The failure to recognize the *de facto* government did not lead the succeeding government to change its position in any way upon the faith of it. Non-recognition may have aided the succeeding government to come into power; but subsequent presentation of claims based on the *de facto* existence of the previous government and its dealings does not work an injury to the succeeding government in the nature of a fraud or breach of faith. An equitable estoppel to prove the truth must rest on previous conduct of the person to be estopped, which has led the person claiming the estoppel into a position in which the truth will injure him. There is no such case here.»³¹⁵

Il a certes reconnu ensuite que le droit interne avait également mis au point des catégories moins techniques d'*estoppels*, mais il a souligné que le droit international ne paraissait pas les avoir retenues :

« There are other estoppels recognized in municipal law than those which rest on equitable considerations. They are based on public policy. It may be urged that it would be in the interest of the stability of governments and the orderly adjustment of international relations, and so a proper rule of international law, that a government in recognizing or refusing to recognize a government claiming admission to the society of nations should thereafter be held to an attitude consistent with its deliberate conclusion on this issue. Arguments for and against such a rule occur to me; but it suffices to say that I have not been cited to text writers of authority or to decisions of significance indicating a general acquiescence of

character of the government of the latter, than to uphold the theory of a bar by estoppel. In Jarvis's case the facts were that Paez, a Venezuelan citizen, was an insurgent against the existing government of Venezuela in 1849, and enlisted in his conspiracy Jarvis, the American claimant, who furnished him a ship and arms and ammunition. This was a crime against the United States on Jarvis's part, because the United States was on terms of amity with Venezuela. The expedition failed. In 1861, thirteen years later, however, when Paez was in Venezuela, a sudden outbreak placed him in power. In 1863, just as he was about to retire with the collapse of his government, he issued bonds to Jarvis to repay him for his outlay in the unsuccessful insurrection of 1849, twelve years before. The commissioner held that there was no lawful consideration for the bonds. Certainly this was a righteous conclusion. It was a personal obligation of Paez, if it was an obligation at all. It was not a debt of Venezuela. It was invalid and unlawful because of its vicious origin, both by the laws of the United States and the laws of Venezuela. The commissioner also by way of additional but unnecessary support to his conclusion said the United States was estopped to urge the claim.» (*R.S.A.N.U.*, vol. I, pp. 382 in fine-383.)

315. *Ibid.*, p. 382 et pp. 383-384.

nations in such a rule. Without this, it cannot be applied here as a principle of international law.» ³¹⁶

Faisant alors droit à la réclamation britannique, il a affirmé, posant le principe de continuité de l'Etat, qu'un Etat est lié internationalement par les obligations contractées par ses gouvernements, même *de facto*, et que le refus de reconnaissance, basé non sur l'effectivité mais sur la légitimité du gouvernement Tinoco, n'avait nullement affaibli en l'espèce l'évidence du caractère *de facto* de ce dernier ³¹⁷.

S'il est difficile de tirer des conclusions d'une sentence qui n'a pas retenu l'*estoppel* allégué, et de savoir, en particulier, si celle-ci aurait reposé sur l'*estoppel stricto sensu* dans le cas où l'arbitre aurait considéré que le refus britannique de reconnaître le gouvernement Tinoco était décisif et empêchait toute réclamation ultérieure, on peut relever toutefois avec intérêt l'établissement d'une définition stricte de l'*estoppel* en droit international, directement inspirée de celle de l'*estoppel by representation* de la *common law*. Il y a lieu de signaler que quelques années plus tard, dans l'affaire *Hopkins* (1926), une commission de réclamations s'est référée à cette décision pour rejeter l'*estoppel* invoqué par le Mexique contre les Etats-Unis dans des circonstances assez similaires ³¹⁸.

59. Affaire de Santa Isabel (1926) ³¹⁹. — Le commissaire américain a développé dans son opinion dissidente un argument fondé sur l'*estoppel* en se référant, lui aussi, à la théorie anglo-américaine de l'*equitable estoppel* (équivalent, comme on l'a vu, de l'*estoppel by representation* ³²⁰).

316. *Ibid.*, p. 384.

317. Cf. Charpentier, *loc. cit.*

318. *United States-Mexico General Claims Commission, The United States of America on behalf of George W. Hopkins v. The United Mexican States*, sentence du 31 mars 1926 reproduite dans *R.S.A.N.U.*, vol. IV, p. 41 et ss. Et voir Friede, *Estoppel*, p. 545, Cheng, *op. cit.*, p. 147, note 36, et p. 148, note 37, Charpentier, *Reconnaissance*, p. 51, Bowett, *Estoppel*, p. 193, note 4, Jenks, *International Adjudication*, pp. 378 et 416, Youakim, *Estoppel*, pp. 67-68. La question se posait de savoir si le Gouvernement mexicain pouvait être tenu pour responsable d'actes commis par l'administration Huerta, qui avait usurpé le pouvoir à Mexico en 1913. Le Mexique avait soutenu que les Etats-Unis étaient *estopped* d'endosser la réclamation de Hopkins puisqu'ils avaient mis en garde leurs ressortissants résidant au Mexique contre l'administration révolutionnaire de Huerta et n'avaient jamais reconnu cette dernière. La Commission n'a pas retenu cet *estoppel*, déclarant notamment (*R.S.A.N.U.*, *op. cit.*, p. 46, par. 15) : « Has the American Government forfeited its right to espouse Hopkins' claim because in 1913 it warned its citizens against the 'usurper' Huerta and never recognized his administration? The Commission holds that such warnings and such failure to recognize the Huerta administration cannot affect the vested rights of an American citizen or act as an *estoppel* of the right of the American Government to espouse the claim of such citizen before this Commission (see the award of Honorable William H. Taft, Sole Arbitrator between Great Britain and Costa Rica, October 18, 1923...) ».

319. Références données *supra*, note 21, p. 68. Et voir notamment Witenberg, *Estoppel*, p. 531, Friede, *Estoppel*, pp. 539-540, Bowett, *Estoppel*, pp. 184 et 194, Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 109, Jenks, *International Adjudication*, pp. 379-381, Dominicé, *Estoppel*, pp. 359-361, Youakim, *Estoppel*, pp. 21-23.

320. Cf. les indications données *supra*, p. 142 *in fine*.

Les faits peuvent être brièvement résumés comme suit : peu de temps après la prise du pouvoir au Mexique par le Général Carranza, le Général Obregon — haut personnage du nouveau régime — avait, dans une déclaration faite au cours d'un banquet, invité les Américains qui avaient fui ce pays à y revenir pour y reprendre leurs activités, leur promettant de leur assurer la protection nécessaire. Forts de cette promesse, quelques Américains étaient retournés au Mexique pour y rouvrir des mines, mais ils avaient été assassinés par des rebelles à Santa Isabel.

Les Etats-Unis ont présenté leur réclamation en se fondant notamment sur la déclaration Obregon, mais la Commission, dans sa majorité, a rejeté ce motif en soulignant que les assurances en question avaient été données à titre privé et que si le Général Obregon occupait bien à cette époque une position officielle éminente, il n'avait cependant pas qualité pour engager son Etat sur le plan international :

« Even if proof had been shown that General Obregon had made those declarations, they could not, however, have sufficient force to bind Mexico to responsibility therefor. General Obregon was at that time, doubtless, a prominent personality in Mexico ; he was Commander-in-Chief of the forces which had routed Villa's contingents, and the person to whom the nation six years later was to entrust the presidency of the Republic. Nevertheless, his official position was not such that his declarations could have had the consequences which it is now desired to ascribe to them. Neither can mere words uttered at a banquet which was not official have consequences so transcendental. »³²¹

Le commissaire américain a manifesté son désaccord en déclarant en particulier, s'appuyant sur la théorie de l'*estoppel stricto sensu* :

« The opinion of the Presiding Commissioner discusses many questions, but is does not discuss the most important question before this Commission. The members of this Commission pledged themselves to decide this issue according with the *principles of justice and equity*. One of the fundamental principles of equity is that when a party claims a certain fact exists, or claims authority to do a certain act, that party is forever estopped from contending that the facts are other than as represented.

Lord Coke gave a very harsh definition of estoppel as it existed in his time : 'An estoppel is where a man is concluded by his own act or acceptance to say the truth'.

The modern rule is :

Equitable estoppel is the effect of the voluntary conduct of a party whereby he is absolutely precluded, both at law and in equity, from asserting rights which might perhaps have otherwise existed, either of property, of contract, or of remedy, as against another person, who has in good faith relied upon such conduct, and has been led thereby to change his position for the worse, and who

321. R.S.A.N.U., vol. IV, p. 791.

on his part acquires some corresponding right, either of property, of contract, or of remedy. (Pomeroy's *Equity Jurisprudence*.)

General Obregon speaking for the Mexican Government not only represented that it was safe for these men to re-enter Mexico, but he represented that he was able to and would guard and protect the lives of these men if they would return. General Obregon remained at the head of the Mexican Army and later became Mexico's President. Mexico is not in a position, under the facts and the record in this case, to deny General Obregon's authority to make these statements; it is not in a position to disclaim responsibility for not guarding and protecting the lives of these men and it is further estopped because President Carranza made the same guarantee... » ³²².

60. Affaire des emprunts serbes (1929) ³²³. — On y relève la première référence à l'institution de l'*estoppel* dans un arrêt de la Cour de La Haye. Et l'on peut noter que la Cour en a donné une définition rigoureuse calquée sur celle de l'*estoppel by representation* de la *common law*, alors même que les deux Parties au litige avaient clairement indiqué leur conception extensive de cette règle. Cette définition de la Cour a été invoquée par la suite à diverses reprises — comme on l'a déjà vu et comme on aura encore l'occasion de le constater ³²⁴ — par des plaideurs, des arbitres et des juges.

La question se posait de savoir, s'agissant de contrats d'emprunt conclus entre l'Etat serbe-croate-slovène et des porteurs français, si ces derniers avaient perdu leur droit de réclamer le remboursement de leur créance en valeur or, conformément aux clauses de ces contrats se référant à l'or ou au franc-or, du fait qu'ils avaient accepté antérieurement certains versements en papier-monnaie sans manifester aucun mécontentement à ce sujet, en dépit d'un début de dépréciation du franc français. Ce n'est en effet qu'à partir du moment où la dépréciation du franc français s'était accrue à un très haut degré que les porteurs avaient réclamé le paiement des coupons ou le remboursement des titres sur la base de l'or, conformément aux termes des contrats, et que, n'étant parvenus à obtenir satisfaction, ils avaient attiré l'attention du Gouvernement français sur leur situation. Les pourparlers diplomatiques que celui-ci avait entamés à ce

322. *Ibid.*, p. 803.

323. Références données *supra*, note 23, p. 69. L'ensemble de la discussion sur l'*estoppel* et le passage pertinent de l'arrêt sont reproduits dans *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 992-997. Et voir notamment Witenberg, *Estoppel*, p. 532, Friede, *Estoppel*, pp. 537-539, Cheng, *op. cit.*, pp. 143, 148-149, Bowett, *Estoppel*, pp. 189, 191, 193, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 479, note 59, 481, 485, Menzel, *op. cit.*, p. 442, Mosconi, *Estoppel*, pp. 395, 402-403, Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 104, 112, Jenks, *International Adjudication*, pp. 299, 326-327, 415, 541, Venturini, *op. cit.*, pp. 370-371, Louis, *Estoppel*, p. 225, Dominicé, *Estoppel*, pp. 339-341, 364, Youakim, *Estoppel*, pp. 194-196, Müller, *op. cit.*, pp. 27-31, Lang, *op. cit.*, pp. 57-58.

324. *Supra*, note 186, p. 108 et p. 108 (*affaire Nottebohm*), note 216, p. 113 (*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*), p. 124, note 269 et p. 128 (*affaire du temple de Préah Vihear*) et *infra*, p. 152 (*affaire relative à certains emprunts norvégiens*) et p. 155 (*affaire de l'or monétaire prix à Rome en 1943*).

sujet avec le Gouvernement serbe-croate-slovène n'ayant pas abouti, l'affaire avait été soumise à la C.P.J.I. par voie de compromis ³²⁵.

Thèses des Parties.

La France a déclaré devant la Cour que la Serbie avait pris l'engagement de faire en or le service de ces emprunts et devait dès lors « effectuer le paiement, en la monnaie ayant cours au lieu du paiement, de la valeur correspondant à ce qu'elle doit en or » ³²⁶.

Contestant ce point de vue, l'Etat serbe-croate-slovène a fait notamment observer que, du consentement tacite des Parties, le service des emprunts s'était poursuivi sur la base du franc-papier et que, par suite des événements de guerre, le Gouvernement français lui-même, qui avait été amené à se substituer pendant plusieurs années au Gouvernement serbe « afin d'assurer le service des emprunts à une époque où le franc avait déjà subi une dépréciation sensible sur le marché international » ³²⁷, avait mis les sommes nécessaires — au nom et pour le compte du Gouvernement serbe — à la disposition des banques chargées du paiement en les calculant et en les payant toujours en francs français suivant le montant nominal des coupons, sans n'avoir jamais songé à interpréter différemment la convention et sans qu'aucune objection n'ait jamais été soulevée à ce moment par les banques et par les obligataires ³²⁸. Mettant donc l'accent sur l'attitude contradictoire du Gouvernement français qui, tant qu'il avait agi pour le compte du Gouvernement serbe, avait compris la clause en question conformément à l'interprétation de ce dernier et qui, maintenant qu'il agissait au nom des obligataires français, en donnait une interprétation différente, l'Etat serbe-croate-slovène a avancé — par la voix de l'un de ses avocats, M. Devèze — un argument fondé sur l'*estoppel* largement entendu :

« ... les actes accomplis par les titulaires d'un droit les rendent non recevables à se prévaloir de ce droit lorsque celui-ci est en opposition avec leurs actes caractérisés et prolongés.

Cette idée constitue de toute évidence le fondement peut-être inaperçu de certaines dispositions légales, d'usages constants, de décisions de jurisprudence nombreuses.

Voici un bail qui défend la sous-location. Le propriétaire pendant vingt ans a permis que l'on sous-loue, et un beau jour il dit : 'Vous ne pouvez pas sous-louer ; vous avez manqué à vos obligations contractuelles, j'entends faire résilier le bail'. Le tribunal lui répond : 'Non, vous n'êtes pas recevable à vous prévaloir d'un droit en opposition avec lequel vous avez laissé subsister une situation de fait prolongée : votre droit est mort'.

325. Pour un résumé détaillé des faits de cette affaire, cf. *C.P.J.I. série E, Cinquième Rapport annuel*, p. 192 et ss.

326. *C.P.J.I. série C N° 16 (III), Mémoire du Gouvernement français*, p. 317.

327. *Ibid.*, *Mémoire de l'Etat serbe-croate-slovène*, p. 421.

328. *Ibid.*

Cette théorie nouvelle qui conclut à l'anéantissement d'un droit comme conséquence des actes accomplis par le titulaire, en opposition avec son droit, — est principalement d'origine anglo-saxonne. Si votre Cour n'avait pas été si cruellement éprouvée par la disparition de l'illustre juriste qu'était lord Finlay, il eût pu exposer au cours de votre délibéré, mieux que je ne puis le dire, comment, dans le droit coutumier anglais, cette notion est née, s'est développée et s'est imposée...

Cette thèse, sous le nom de *Law of Estoppel*, s'est imposée à l'attention des avocats et des praticiens du droit dans le monde entier. La notion a son origine dans le droit anglais... » ³²⁹.

Il a considéré alors, citant certains adages, que les origines lointaines de cette théorie étaient à rechercher dans le droit post-romain et dans le droit canonique, souligné que « le principe même s'en retrouve bien souvent dans nos lois, dans notre jurisprudence, dans l'esprit des juges de toutes les nations » ³³⁰ et conclu :

« Le *Law of Estoppel*, dans l'hypothèse invraisemblable où la Cour estimerait qu'il n'y a pas lieu de rechercher l'intention des Parties et de s'y attacher, et admettrait que la clause or a été stipulée, nous permet ainsi, à raison des seuls faits d'exécution que j'ai eu l'honneur de développer devant vous et qui ont un caractère si net, si clair et si persévérant, — d'opposer une exception de non-recevabilité à l'action du Gouvernement français, à qui nous pouvons dire pour les Latins : *Non concedit venire contra factum proprium*, et pour les Anglais : *Forbidden to speak against his own act or deed*. » ³³¹.

Du côté français, on s'est vivement élevé contre cet argument en déclarant, notamment, que les porteurs avaient touché indifféremment de l'or ou des billets de banque avant la guerre parce que le franc français était en ce temps à la parité de l'or et que, pendant la guerre (époque au cours de laquelle le Gouvernement français ne s'était pas substitué au Gouvernement serbe pour payer les porteurs, mais s'était borné à lui avancer les sommes nécessaires pour qu'il assure le service de sa dette et n'avait été alors nullement appelé à se prononcer sur le montant de cette dette et sur les conventions intervenues), la valeur de la monnaie française ne s'était que légèrement écartée de la base or ³³². L'un des avocats de la France, M. Basdevant, est même allé jusqu'à opposer à l'Etat serbe-croate-slovène ce même principe de l'*estoppel* envisagé de façon non technique :

« ... à la base de chaque emprunt nous trouvons une loi serbe qui en a fixé le régime juridique, régime juridique auquel les souscripteurs ont adhéré en apportant leurs souscriptions.

La Serbie ne peut pas prétendre, et elle n'a d'ailleurs pas prétendu, que les clauses ainsi établies par sa législation ne seraient

329. *Ibid.*, Discours de M^e Devèze (Etat serbe-croate-slovène), pp. 155-156.

330. *Ibid.*, p. 157.

331. *Ibid.*

332. *Ibid.*, Réplique de M^e Albert Montel (France), pp. 236-238.

pas valables. Il serait contradictoire de sa part de soutenir que ce régime juridique, qui repose sur ses propres lois, est sans valeur. Si elle tentait de le faire ou de le prétendre, elle s'exposerait à se voir opposer cette doctrine de l'«estoppel» à laquelle il a été fait allusion. Je me souviens que, dans ce prétoire, la doctrine de l'«estoppel» a déjà été exposée. Cette doctrine fut alors présentée en une forme pittoresque, empruntée, si je ne me trompe, à la littérature juridique anglaise : on a dit d'elle qu'elle interdit à quelqu'un de souffler à la fois le chaud et le froid.

Si la Serbie venait dire : Ma loi a établi de telle ou de telle façon, directement ou indirectement, les clauses d'un contrat d'emprunt, cependant les clauses de ce contrat ne sont pas valables, elle se heurterait à l'exception tirée de cette doctrine, elle tenterait de souffler à la fois le chaud et le froid. »³³³

Arrêt de la C.P.J.I.

La Cour permanente a porté toute son attention sur l'*estoppel* invoqué du côté serbe et elle l'a rejeté, déterminant strictement les différents éléments constitutifs de la règle :

« ... Si l'on doit tenir compte de la manière d'agir ultérieure des Parties, c'est, non pas pour vérifier quels étaient les termes des contrats d'emprunt, mais bien pour rechercher si les Parties, par leur attitude, ont modifié ou affaibli leurs droits.

A ce dernier point de vue, l'on a tenté d'appliquer le principe connu en droit anglo-saxon sous le nom d'«estoppel». L'argument développé par le Gouvernement de l'Etat serbe-croate-slovène à cet effet amène la Cour à examiner les circonstances. Le compromis soumettant l'affaire à la Cour a été signé au mois d'avril 1928, mais il semble que, longtemps auparavant, la question ait fait l'objet de négociations diplomatiques entre les deux Gouvernements, et la période qui peut présenter de l'importance au sujet de l'attitude des porteurs français est comprise entre 1919 environ et 1925 environ. Au nom des porteurs, on fait valoir que ceux-ci étaient en grande nombre, qu'il leur fallait du temps pour s'entendre en vue d'une action concertée ; qu'il leur fallait intéresser le Gouvernement français à leur cause ; que ce dernier devait examiner l'affaire et décider s'il entrerait en négociations diplomatiques au nom des porteurs, et que le délai, qui, vu les rouages de l'activité gouvernementale, n'est pas extraordinaire, ne devrait pas conduire à dénier des droits autrement établis. Ce raisonnement n'est pas sans fondement et, lorsque l'on examine les conditions requises en vue d'établir la perte d'un droit en vertu du principe de l'«estoppel», il est très clair que l'application de ce principe à l'espèce manque de base. Les porteurs n'ont pas fait de déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'Etat débiteur pût à bon droit se fonder et se soit fondé. L'Etat débiteur n'a pas modifié sa position. La dette serbe reste telle qu'elle avait été contractée à l'origine. La seule mesure prise par l'Etat débiteur a été de payer une somme inférieure à celle qui était due aux termes des contrats d'emprunt. Il n'apparaît

333. *Ibid.*, *Réplique de M. Basdevant* (France), p. 255.

même pas que les porteurs eussent pu effectivement faire valoir leurs droits plus tôt qu'ils ne l'ont fait ; encore moins existe-t-il un motif pour conclure que les porteurs ont délibérément renoncé à ces droits. » ³³⁴

C'était décrire les conditions d'application de l'*estoppel* en s'inspirant clairement de la théorie anglaise de l'*estoppel by representation* ³³⁵.

Il est à noter que dans l'*affaire des emprunts brésiliens* (1929) ³³⁶, qui constitue en quelque sorte une « version brésilienne » de l'*affaire des emprunts serbes*, la Cour permanente a déclaré, à la suite d'un examen des faits ³³⁷ et quand bien même le Brésil ne s'était pas référé expressément à l'*estoppel* ³³⁸ :

« Lorsqu'on tient compte de toutes ces circonstances, on ne trouve point de base suffisante pour conclure de la manière d'agir des porteurs qu'ils étaient d'avis de ne pas avoir le droit d'être payés sur la base de la valeur or ... Les détenteurs ne sauraient non plus être considérés comme empêchés par 'estoppel' de chercher à obtenir un paiement en valeur or. » ³³⁹

Il est hors de doute qu'elle avait en vue l'*estoppel stricto sensu* tel qu'elle venait de le définir dans l'*affaire des emprunts serbes*.

On peut signaler également que dans l'*affaire relative à certains emprunts norvégiens* (1957) ³⁴⁰, qui présentait des analogies avec les *affaires des emprunts serbes et brésiliens* ³⁴¹, l'avocat de la France,

334. C.P.J.I. série A N° 20, pp. 38-39.

335. Cf. *supra*, 1^{re} Partie, Chapitre II, pp. 19-29.

336. Références données *supra*, note 23, p. 69. L'ensemble de la discussion et le passage pertinent de l'arrêt sont reproduits dans *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 998-1000. Et voir les observations présentées par les auteurs mentionnés *supra*, note 323, p. 147.

337. Le différend, qui opposait la France et le Brésil, portait sur la question de savoir si le Gouvernement brésilien devait effectuer en francs-or le service de ses emprunts, conformément à une clause des contrats d'emprunt qu'il avait conclus avec des porteurs français. Le Gouvernement brésilien avait affirmé que les Parties s'étaient conduites de façon à faire comprendre que le débiteur n'était pas obligé à payer en francs-or les intérêts et l'amortissement du capital (cf. C.P.J.I. série C N° 16 (IV), *Mémoire du Gouvernement brésilien*, p. 161) et le Gouvernement français avait répondu que ce n'était qu'à partir de 1919-1920 que la dépréciation du franc français était devenue menaçante, qu'il avait fallu aux porteurs plusieurs mois pour se grouper et faire valoir leurs droits et, au demeurant, que des réclamations et protestations émanant de porteurs isolés avaient été nombreuses (cf. *ibid.*, *Contre-Mémoire du Gouvernement français*, pp. 254-255).

338. On peut cependant noter que l'avocat du Brésil avait avancé que les porteurs « avaient, par des actes répétées et sans équivoque, démontré qu'ils reconnaissaient leur droit de recevoir les intérêts et amortissements en francs français, conformément à ce que le Gouvernement brésilien prétendait et prétend ; ils ne peuvent plus invoquer, maintenant, une interprétation opportuniste qui heurte celle que, pendant des années, ils ont admise sans contestation » (*ibid.*, *Discours de M. de Pimentel Brandão*, p. 52).

339. C.P.J.I. série A N° 21, pp. 119-120.

340. *Certains emprunts norvégiens* (France c. Norvège), C.I.J. Recueil 1957, arrêt, p. 9 et ss.

341. En effet, les faits — brièvement résumés — étaient les suivants : entre 1895 et 1907, la Norvège avait émis sur le marché français un certain nombre de titres d'emprunts internationaux libellés en or ou comportant une clause or.

M. Marcel Poignard, s'est référé à ces deux affaires, et à la stricte définition de l'*estoppel* que la Cour permanente y avait donnée, pour contester le bien-fondé de l'argumentation norvégienne. Ayant rappelé en effet que la Norvège avait fait valoir que, depuis la date d'émission des emprunts litigieux, le service des obligations n'avait suscité pendant longtemps aucune difficulté majeure entre prêteurs et emprunteurs, il a déclaré :

« Que cherche-t-il [le Gouvernement norvégien] à en déduire ? Sans doute que les parties emprunteuses et prêteuses n'auraient pas attaché à la clause-or l'importance que nous lui donnons aujourd'hui et même que, si cette clause a pu régir originellement leurs rapports, les porteurs d'obligations, en acceptant le paiement de leurs coupons à certaines époques sans se prévaloir de la clause-or, y auraient implicitement renoncé. Argumentation sur laquelle il est possible de passer rapidement, car vous en avez fait justice dans vos arrêts 14 et 15 [*affaires des emprunts serbes et brésiliens*] où elle avait été déjà présentée.

... par application d'un principe bien connu, notamment en matière de droit anglo-saxon, l'*'estoppel'*, la perte d'un droit ne peut résulter que de certaines conditions. Il faudrait que les créanciers des emprunts eussent délibérément renoncé à leurs droits, suivant une déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'Etat et les collectivités débitrices se soient effectivement fondés, pour qu'une telle renonciation fût retenue. On n'a rien pu évoquer de tel devant vous, dans les affaires des dettes serbes et brésiliennes, comme l'on ne peut rien évoquer de tel devant vous dans l'affaire des dettes norvégiennes. Il importe au contraire d'observer que, dans chacune de ces affaires, les réclamations des porteurs ont même précédé l'intervention des Etats. » ³⁴²

La C.I.J., ayant décliné sa compétence, n'a pas statué sur le fond.

61. Affaire Shufeldt (1930) ³⁴³. — Les Etats-Unis s'étant référés à l'*estoppel* du droit interne en essayant, semble-t-il, de démontrer que les éléments essentiels de cette règle strictement interprétée se trouvaient réunis en l'espèce, l'arbitre a admis — *obiter* — que cet

A la suite d'un décret norvégien de 1931 suspendant la convertibilité des billets émis par la Banque de Norvège, le service des emprunts et le remboursement des titres amortis n'avaient plus été assurés que par le versement de couronnes norvégiennes. Les porteurs français ayant demandé la reprise du service sur la base du montant nominal en or, des pourparlers s'étaient engagés qui avaient duré jusqu'en 1953 et n'avaient pas abouti. L'affaire avait alors été soumise à la C.I.J. sur requête de la France.

³⁴². C.I.J. *Mémoires, Certains emprunts norvégiens*, vol. II, *Plaidoirie de M. Poignard* (France), p. 47.

³⁴³. Références données *supra*, note 24, p. 69. Et voir notamment Friede, *Estoppel*, pp. 535-536, Cheng, *op. cit.*, pp. 143-144, 151, note 53, Bowett, *Estoppel*, pp. 186-187, Theodor Meron, « Repudiation of *ultra vires* State contracts and the international responsibility of States », *I.C.L.Q.* 1957, pp. 284-286, MacGibbon, *Estoppel*, p. 486, Mosconi, *Estoppel*, p. 394, pp. 401-402, Jenks, *International Adjudication*, pp. 415, 541, Dominice, *Estoppel*, pp. 334-335, 345, note 41, Youakim, *Estoppel*, pp. 97-100, Müller, *op. cit.*, pp. 166-167.

argument était conforme aux principes du droit international, mettant lui aussi l'accent sur lesdits éléments.

Les Etats-Unis avaient affirmé que le Guatemala, qui n'avait pas contesté pendant six ans la validité d'une concession que Shufeldt (un ressortissant américain) avait rachetée au concessionnaire originaire, ne pouvait pas soutenir maintenant que le contrat de concession était nul *ab initio* parce qu'il n'avait pas été conclu par les autorités compétentes ni obtenu l'approbation du Parlement guatémaltèque. Ils avaient notamment déclaré :

« Shufeldt, as an innocent purchaser of the concession granted by the contract of February 4, 1922, to which he was not an original party, was repeatedly assured by high government officials, both prior and subsequent to his acquisition of the concession, that the concession was valid in all respects.

It must be borne in mind that the claimant had conducted extensive operations under the contract for a period of six years ; that the Government had during that time received, as a direct result of such operations the sum of \$ 247.790.25 in cash from the claimant, in addition to the initial payment of \$ 5.000 ; that it permitted the claimant to expend large sums of money in making improvements, constructing roads and surveying boundaries, all of which, upon the expiration of the concession, were to inure to the benefit of the Government ; that it duly acknowledged receipt of inventories presented to it by the claimant as required under the contract, and that through its high officials, including the President of the Republic, it had repeatedly assured the claimant of the validity of his concession. All of these acts must be regarded as showing conclusively that the executive branch of the Government considered the contract as legal and binding. Furthermore, by its approval of the action of the Commission on Legislative and Constitutional Points in rendering an adverse report on a motion directed towards the nullification of the concession, the National Legislative Assembly of the Nation must be deemed to have regarded the contract as valid. Such acts of both the legislative and executive branches of the Government show conclusively the interpretation placed upon the contract by the Government of Guatemala. ...

The principle that an international tribunal will not regard as a nullity a contract concluded by a government where that government, by its acts performed in pursuance of the contract, has clearly recognized the contract as valid, is similar to the doctrine of estoppel in municipal law...

The United States contends that where, as in this case, a government enters into a contract, repeatedly assures the other party, or his assignee, of the validity of that contract and accepts from the other party, or his assignee, benefits growing out of the contract, an international tribunal is constrained to hold that such a contract is a valid and binding one. Whether this principle is based on the theory that the government, by its action under the contract, interprets that contract as valid or whether it is based upon the doctrine of estoppel or preclusion is not material. The fact remains, that ... neither under municipal law nor international

law can a government which is a party to a contract receive benefits thereunder and subsequently, when it suits its convenience, pronounce that contract a nullity.»³⁴⁴

L'arbitre a donné gain de cause aux Etats-Unis en déclarant que le contrat de concession avait bien reçu à l'origine l'approbation parlementaire nécessaire et était par conséquent valide³⁴⁵. Sa décision ne repose donc pas sur l'*estoppel*. Il a cependant tenu à ajouter que même si le contrat n'avait pas reçu une telle approbation, le Guatemala n'eût pu en tout état de cause en contester la validité puisqu'il en avait retiré pendant six ans tous les bénéfices auxquels il avait droit et que Shufeldt avait dépensé des sommes considérables sur la foi de cette attitude guatémaltèque :

« During these six years the Government — and in speaking of the Government I mean the Executive who must be presumed to be acting in accordance with law and whose acts, those dealing with the Government are justified in treating as acts of the Government — recognized and treated the contract as a legal contract...

In view of my finding that the contract was laid before the Legislature and approved by them, it is not necessary for me to deal with the second point raised by the United States Case, viz., that the Guatemala Government having recognized the validity of the contract for six years and received all the benefits to which they were entitled under the contract and allowed Shufeldt to go on spending money on the concession, is precluded from denying its validity, even if the approval of the Legislature had not been given to it.

I may however state on this point that in all the circumstances I have related and the whole case submitted to me, I have no doubt that this contention of the United States is sound and in keeping with the principles of international law and I so find.»³⁴⁶

On peut considérer, encore que cela n'apparaisse pas en toute clarté, que les Etats-Unis et l'arbitre (un magistrat du Honduras britannique) avaient en vue l'*estoppel by representation* technique tel qu'il avait été mis au point par leur droit interne.

62. *Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943* (1954)³⁴⁷. —

On peut mentionner cette affaire en raison de l'argument fondé sur l'*estoppel* strictement défini que deux des défendeurs (les Etats-Unis et le Royaume-Uni) ont opposé au demandeur (l'Italie). Cet

344. *The Department of State Arbitration Series* N° 3 (Washington, 1932), p. 68 (selon Friede, *loc. cit.*).

345. *R.S.A.N.U.*, vol. 2, p. 1092.

346. *Ibid.*, p. 1094.

347. Références données *supra*, note 27, p. 69. La connaissance des faits de cette affaire — au demeurant assez compliqués — ne paraît pas indispensable pour comprendre l'argument d'*estoppel* qui a été avancé devant la C.I.J. dans un cadre strictement procédural. On trouve un bon résumé de ces faits dans *Revue des Nations Unies* 1954, « Audiences sur une question préliminaire relative à l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 », p. 55 et ss., et dans *C.I.J., Annuaire 1953-1954*, p. 76.

argument permet en effet, bien que la C.I.J. ne l'ait pas retenu, de constater l'existence d'une tendance constante à construire l'*estoppel* du droit international en retenant les principaux éléments de l'*estoppel by representation* anglo-américain.

C'est l'attitude apparemment contradictoire de l'Italie qui, après avoir saisi la Cour, en avait contesté la juridiction en soulevant une exception préliminaire d'incompétence, qui avait conduit ces deux Parties à invoquer l'*estoppel*. L'agent des Etats-Unis, M. Herman Phleger, a avancé :

« If the applicant State were successful in its challenge to the jurisdiction it had invoked, and the case were dismissed for want of jurisdiction, the applicant should not be able to derive legal advantage from the inconsistent course of action it had followed. In the present case the applicant State should not be able later to assert, for its own purposes, that the situation then differed from what it would be if the applicant had withdrawn its application ... To hold otherwise would permit the applicant State to improve its own position, at the expense of others, by first invoking a tribunal's jurisdiction and then denying it.

In municipal law, the doctrine of estoppel is applied in many fields. A party which has made an assertion necessary to its case is not permitted, subsequently in a lawsuit, to deny that assertion to the detriment of another party. This doctrine of estoppel exists also in international law. The Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice have applied the doctrine in several important cases brought before them. »³⁴⁸

Le conseil du Royaume-Uni, M. J.E.S. Fawcett, a déclaré pour sa part, se référant à la définition que la Cour permanente avait donné de l'*estoppel* dans l'*affaire des emprunts serbes*³⁴⁹ :

« We say that the Italian Government is estopped from taking such an objection.

I need not remind the Court of the established place of estoppel in international law and the jurisprudence of this Court. I will simply set out what in our view are the elements of estoppel applicable here and cite one passage from a decision of the Permanent Court which indicates the adoption by it of those essential elements, though it did not in fact apply the rule in that particular case. To raise an estoppel there must be first a representation of fact ; in this case, of a readiness and an intention of Italy at the time when she filed her Application to submit to the jurisdiction of the Court for the determination of the merits. Second, the

348. C.I.J. *Mémoires, Or monétaire pris à Rome en 1943, Statement of the Government of the United States of America on the Preliminary Question of Jurisdiction Raised by the Government of Italy*, pp. 91-92. Il ne s'est référé à vrai dire qu'à des décisions internationales qui ne pouvaient être prises en considération qu'en partant d'une conception extensive de l'*estoppel*, à savoir l'*affaire du statut juridique du Groënland oriental* (cf. *supra*, p. 102), l'*affaire du statut international du Sud-Ouest africain* (1950), et l'*affaire Kunkel*, jugée en 1925 par le T.A.M. germano-polonais (cf. *infra*, note 555, p. 200).

349. Cf. *supra*, pp. 150-151.

representation must have been made for the purpose of inducing the other Party to alter his position to his direct or indirect disadvantage. In this case the Italian Government frankly admits that the purpose of the Application was to prevent delivery of the gold. Thirdly, the other Party must have altered his position in faith of the representation. In this case, the United Kingdom, which is the Party concerned, has been put at a disadvantage directly by loss of the gold since May 1953, and would be so put indirectly if the Preliminary Objection of the Italian Government were to succeed, for, in the words of the United States Government's Observations, the Italian Government would have 'improved its position at the expense of others by first invoking the jurisdiction and then denying it'. In the *Serbian Loans* case, at page 39, the recognition of these elements of estoppel is plain, though by reason of the facts of that case the Permanent Court speaks negatively. »³⁵⁰

On peut considérer que ces deux Parties avaient en vue l'*estoppel by election*, catégorie de l'*estoppel by representation* qui peut jouer — comme on l'a vu³⁵¹ — lorsque, face à une alternative, une personne a dû opérer un choix entre deux solutions s'excluant l'une l'autre.

Le conseil de l'Italie, M. Tomaso Perassi, a répondu qui ni le Statut de la Cour, ni les principes généraux de droit empêchaient que même la Partie demanderesse attire l'attention de la Cour sur des considérations qui peuvent avoir une importance aux fins de la décision qu'elle doit prendre d'office au sujet de sa compétence et qu'il ne s'agissait donc pas d'une exception au sens technique du mot qui touchait l'acceptation de la juridiction de la Cour de la part de l'Italie³⁵².

Se ralliant à ce point de vue, la Cour n'a pas évoqué l'argument d'*estoppel* des défendeurs. Tout en reconnaissant qu'il était « assurément insolite que l'Etat qui a introduit une demande en présentant une requête vienne contester la juridiction de la Cour à laquelle il s'est volontairement adressé »³⁵³, elle a déclaré que l'article 62 du Règlement de la Cour³⁵⁴ était rédigé dans des termes qui ne

350. C.I.J. Mémoires, Or monétaire pris à Rome en 1943, Oral Argument of Mr. Fawcett (Counsel for the Government of the United Kingdom), p. 151.

351. *Supra*, p. 46. Spencer Bower et Turner — qui, ainsi qu'indiqué *supra*, note 207, p. 46, ne considèrent pas que l'*estoppel by election* constitue l'une des catégories de l'*estoppel by representation* mais le rangent parmi les « quasi-estoppels » — en donnent la définition suivante : « The doctrine of election as applicable in the law of estoppel may conveniently be summarized as follows : Where A, dealing with B, is confronted with two alternative and mutually exclusive courses of action in relation to such dealing, between which he may make his election, and A so conducts himself as reasonably to induce B to believe that he is intending definitely to adopt the one course, and definitely to reject or relinquish the other, and B in such belief alters his position to his detriment. A is precluded, as against B, from afterwards resorting to the course which he has thus deliberately declared his intention of rejecting. » (*Estoppel by Representation*, par. 291, p. 285 (note omise)).

352. Cf. C.I.J. Mémoires, Or monétaire pris à Rome en 1943, Réplique de M. Tomaso Perassi (conseil du Gouvernement italien), pp. 161-162.

353. C.I.J. Recueil 1954, p. 28.

354. Article 62 du Règlement de la Cour de 1946, aujourd'hui article 67 du Règlement modifié le 10 mai 1972.

limitaient pas au défendeur le droit de présenter des exceptions préliminaires et n'excluait pas que, dans des circonstances telles que celles dans lesquelles la présente affaire avait surgi, une exception préliminaire soit soulevée par le demandeur³⁵⁵.

63. Affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires, 1964).³⁵⁶ — Cette affaire a conduit la Cour de La Haye à réaffirmer clairement la conception restrictive de l'*estoppel* qu'elle avait énoncée dans l'*affaire des emprunts serbes*³⁵⁷. Et l'on peut noter avec intérêt qu'un juge, partisan d'une définition rigoureuse de la règle, avait estimé nécessaire de demander en cours de procédure au défendeur d'établir de façon plus précise l'un des éléments constitutifs de l'*estoppel* qu'il avait invoqué³⁵⁸.

En 1958, la Belgique avait adressé à la C.I.J. une première requête au sujet de faits qui, d'après elle, engageaient la responsabilité de l'Espagne et l'autorisaient à intervenir. Cette requête avait été suivie, en temps voulu, du dépôt du Mémoire belge et de plusieurs exceptions préliminaires espagnoles. Toutefois, avant la réception des observations belges relatives à ces exceptions, les représentants des intérêts privés belges et espagnols en cause avaient décidé d'engager des négociations en vue d'un arrangement et la Belgique, eu égard à cette décision, avait déposé en mars 1961 au Greffe de la Cour une déclaration de désistement conforme à l'article 69, paragraphe 2, du Règlement de la Cour³⁵⁹. L'Espagne avait alors déclaré, conformément aux termes de ce même article, ne pas faire opposition à ce désistement. La lettre de désistement ne disait rien quant aux intentions du demandeur pour l'avenir et la notification du défendeur n'était assortie d'aucun motif ni d'aucune condition. Par ordonnance,

355. *C.I.J. Recueil 1954*, pp. 28-29.

356. Références données *supra*, note 32, p. 69. Et voir notamment Charpentier, *Barcelona Traction*, pp. 330, 337-339, Louis, *Estoppel* (l'ensemble de l'article est consacré aux conclusions que l'on peut tirer de cette affaire quant à la théorie de l'*estoppel* en droit international), Dominicé, *Estoppel*, pp. 327-329, 331, 356, 359, 364-365, Lang, *op. cit.*, pp. 55, 58, Youakim, *Estoppel*, pp. 152-155, Müller, *op. cit.*, pp. 31-32, Vallée, *Estoppel*, pp. 961, note 48, 969-970, 978, 979.

357. Cf. *supra*, pp. 150-151.

358. Cf. *infra*, pp. 160 *in fine* - 161.

359. L'article 69 du Règlement de la Cour adopté le 6 mai 1946 — aujourd'hui article 74 du Règlement modifié le 10 mai 1972 (cf. *C.I.J. Actes et documents*, N° 2, pp. 26-27) — stipule : « 1. Si, au cours d'une instance introduite par requête, la partie demanderesse fait connaître par écrit à la Cour qu'elle renonce à poursuivre la procédure, et si, à la date de la réception par le Greffe de ce désistement, la partie défenderesse n'a pas encore fait acte de procédure, la Cour, ou le Président si la Cour ne siège pas, rend une ordonnance prenant acte du désistement et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. Copie de ladite ordonnance est adressée par le Greffier à la partie défenderesse. 2. Si, à la date de la réception du désistement, la partie défenderesse a déjà fait acte de procédure, la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président fixe un délai dans lequel ladite partie doit déclarer si elle s'oppose au désistement. Si, dans le délai fixé, il n'est pas fait opposition au désistement, celui-ci est réputé acquis et la Cour ou, si elle ne siège pas, le Président rend une ordonnance en prenant acte et prescrivant la radiation de l'affaire sur le rôle. S'il est fait opposition, l'instance se poursuit. »

la Cour avait prescrit la radiation de l'affaire de son rôle³⁶⁰. Mais comme les pourparlers entre les représentants des intérêts privés avaient échoué, la Belgique avait estimé possible de saisir à nouveau la Cour par une deuxième requête, déposée en juin 1962, considérant que le désistement dont la Cour avait pris acte dans son ordonnance avait simplement mis fin à l'instance alors pendante et que, les négociations en considération desquelles le désistement avait eu lieu n'ayant pas abouti, elle était pleinement fondée à introduire une nouvelle procédure du chef des mêmes griefs³⁶¹.

Thèses des Parties.

L'Espagne a prétendu — ce fut l'objet de sa première exception préliminaire dans cette deuxième instance — que la Cour était incompétente pour recevoir et juger la réclamation formulée dans la requête belge de 1962 parce que le désistement de 1961 avait définitivement privé la Belgique du droit de réintroduire sa demande devant la Cour³⁶². Soulignant que le désistement intervenu en application de l'article 69 du Règlement de la Cour était en soi un acte purement procédural dont la portée réelle ne pouvait être établie que par référence aux circonstances de l'espèce, elle a affirmé qu'il y avait eu une entente entre les Parties d'où il résultait que le désistement impliquait une renonciation à tout droit d'action pour l'avenir et que « même en l'absence d'une telle entente, le Gouvernement demandeur s'est comporté de manière à faire croire au défendeur que le désistement serait définitif ... ; sinon, le défendeur n'aurait pas donné son consentement au désistement et, partant, n'aurait pas subi de préjudice »³⁶³, concluant :

« ... ce fut par sa propre conduite que le Gouvernement belge amena le Gouvernement espagnol à consentir au désistement de l'affaire avec la conviction de consentir au retrait définitif de la demande belge de la Cour ; et ... le Gouvernement belge est partant forclos (estopped) de prétendre que sa communication de désistement ne constituait pas un retrait définitif de sa demande devant la Cour. »³⁶⁴

C'était invoquer l'*estoppel* en mettant l'accent sur certains des traits qui caractérisent l'*estoppel by representation de la common*

360. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, ordonnance du 10 avril 1961, C.I.J. Recueil 1961, p. 9.

361. Cf. C.I.J. Recueil 1964, p. 17.

362. *Ibid.*, p. 11 (première exception préliminaire du Gouvernement espagnol) et p. 17.

363. *Ibid.*, p. 18. Voir également C.I.J. *Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (nouvelle requête : 1962), vol. I, *Exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement espagnol*, p. 145, par. 133, où l'Espagne affirmait notamment : « ... quelles qu'aient pu être ses véritables intentions, le Gouvernement belge a, par ses actes, amené le Gouvernement espagnol à consentir au désistement en considérant qu'il était ainsi procédé au retrait définitif de l'affaire du Rôle de la Cour et il s'ensuit que le Gouvernement belge se trouve dans l'impossibilité de nier que tel ait été l'effet du désistement. »

364. *Ibid.*, *Conclusions ad exception préliminaire N° 1*, p. 262.

law. Mais on doit constater que l'Espagne n'a pas cherché avec soin à établir en l'espèce l'existence de ces différents éléments et qu'elle a même estimé suffisant, pour démontrer que cette règle était admise par le droit des gens, de se référer aux arrêts rendus par la Cour internationale dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne et dans l'affaire du temple de Préah Vihear, arrêts qui — comme on l'a vu ³⁶⁵ — ne sont guère concluants en ce qui concerne la théorie stricte de l'estoppel en droit international.

La Belgique s'est élevée avec vigueur contre cet argument espagnol en s'efforçant de montrer que le comportement de son gouvernement n'avait entraîné pour elle aucune espèce de forclusion ³⁶⁶. Considérant que la conclusion que l'Espagne avait cru pouvoir tirer de la version des faits qu'elle avait construite n'avait été expliquée ou développée par aucun raisonnement juridique et affirmant que le simple renvoi à deux arrêts de la Cour internationale relatifs à des espèces tout à fait différentes n'avait aucun sens ³⁶⁷, elle a déclaré :

« Sans doute, si on lit attentivement le texte, non seulement de l'exception n° 1, mais aussi des notes diplomatiques espagnoles, peut-on reconnaître au passage, invoquées de manière toute incidente, des notions juridiques aussi diverses que la bonne foi, l'abus de procédure, le précepte que 'nul ne peut aller contre ses propres actes', l'erreur, etc. Enfin, un seul mot, 'estopped', mentionné entre parenthèses dans les conclusions du Gouvernement espagnol..., fait penser que celui-ci aurait peut-être l'intention de plaider devant la Cour la théorie anglo-saxonne de l'estoppel.

Point n'est besoin de souligner que ces indications, aussi sommaires que vagues, ne répondent aucunement à l'article 62,2, du Règlement de la Cour, qui dispose :

« 2. L'acte introductif de l'exception contient l'exposé de fait et de droit sur lequel l'exception est fondée... » ... On ne peut attendre du Gouvernement belge qu'il entreprenne ici la réfutation d'arguments juridiques qui n'ont fait l'objet d'aucun développement dans l'écrit du Gouvernement espagnol et qui s'y trouvent seulement non même pas esquissées, mais à peine évoquées d'un mot. » ³⁶⁸

L'Espagne a répondu — par la voix de l'un de ses avocats, sir Humphrey Waldock — en ne se référant plus expressément à l'estoppel, mais en construisant très largement l'exigence de la non-contradiction :

« ..., on the principle expressed in the maxims *allegans contraria non audiendus est* and *venire contra factum proprium non valet* — the principle that a State may not maintain claims or make

365. *Supra*, pp. 111-121 (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne) et pp. 121-138 (affaire du temple de Préah Vihear).

366. Cf. C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962), vol. I, Observations et conclusions du Gouvernement belge, pp. 44-45.

367. *Ibid.*

368. *Ibid.*, par. 51-52.

allegations which are in contradiction with its previous conduct — we say Belgium is precluded from instituting a new Application in the Barcelona Traction Company case.

.....
Our opponents, in their Observations and Conclusions, seemed to complain that we had not given them a sufficient indication of the legal authority upon which we were basing our submission on this point. We felt, Mr. President, that so soon after the decisions of the Court in the cases of the *Temple of Preah Vihear* — *I.C.J. Reports* 1962, pp. 23-32 are the relevant pages, and of the *Arbitral Award made by the King of Spain* — your *Reports* for 1960, at pp. 213-214, we did not think it was necessary for us to do more than cite those cases as authority for the legal principle upon which we rely. We are still of that opinion, since the Court, in the pages of the Reports which I have cited, has recently applied the principle. Moreover the principle is one of international law which has frequently been applied in the jurisprudence of international tribunals. ...

Of course, Mr. President, to provide you with legal authority directly relevant to this case is not so easy, it is a case of first impression, and there is nothing that is exactly in point but the application of this principle to procedural questions will certainly be nothing strange in this Court ...

Obviously that is based upon the same general principle as the one which I have been citing and relying upon. Therefore, while reserving the right to reply more fully if the learning of my distinguished opponents leads me to do so at a later stage, I did not think, Mr. President, having regard to the length of this case, that it was necessary for me to embark upon such an exposé at this particular stage, and therefore, Mr. President and Members of the Court, on the basis of the contentions of fact and of law which I have formulated we submit that independently of anything that transpired in the discussions between the private interests, whether before or after the discontinuance, Belgium's act in discontinuing the proceedings on the first Application operated to bar her from instituting the new Application of 14 June 1962. »³⁶⁹

C'est à ce stade de la procédure qu'un juge, sir Gerald Fitzmaurice, qui avait déjà eu l'occasion d'indiquer deux ans auparavant, dans *l'affaire du temple de Préah Vihear*³⁷⁰, les raisons pour lesquelles *l'estoppel* paraissait devoir être construit en droit international aussi rigoureusement qu'en droit interne, a demandé au défendeur de préciser son argument :

« ...it has been suggested that if the Respondent State had not taken the discontinuance to be final and definitive it would

369. *Ibid.*, vol. II, *Argument of Sir Humphrey Waldock (Spain)*, pp. 120-121. On peut signaler qu'un conseil de la Belgique, M. Angelo Piero Sereni, a rétorqué, en substance, que les principes *venire contra factum proprium non valet et allegans contraria non audiendus est* n'étaient pas opposables au Gouvernement belge mais pouvaient bien au contraire être invoqués à l'encontre du Gouvernement espagnol lui-même en raison de sa déclaration de non-opposition au désistement belge (cf. *ibid.*, *Plaidoirie de M. Sereni (Belgique)*, pp. 447-450).

370. Cf. *supra*, pp. 128 *in fine* - 131.

not have accepted it. I should be glad to have a more precise indication of why the Respondent State would not have done so, and of exactly what prejudice was sustained through the acceptance, having regard to the fact that the Respondent State's preliminary objections remained fully available to it if negotiations should fail and new proceedings should be started.»³⁷¹

Sir Humphrey Waldock a déclaré :

« ... This question covers, first, the reasons why Spain would not have accepted the discontinuance if she had not thought it final and, secondly, the prejudice in fact sustained through acceptance.

One reason why the Spanish Government would not and could not have accepted the discontinuance is the important moral one given in paragraph 3 of its communication to the Court of 7 July 1962 :

'Le Gouvernement espagnol aurait certainement fait opposition au désistement s'il n'avait pas eu la certitude que cet acte entraînait par lui-même la renonciation de la part du Gouvernement belge, à des accusations aussi diffamatoires qu'injustes à l'égard des autorités judiciaires, administratives et gouvernementales de l'Etat espagnol.'

In short, the Spanish Government could not knowingly have agreed to a temporary discontinuance of the proceedings without compromising its moral position. This reason, we respectfully submit, is decisive in itself. Legally, there was also the risk that by consenting to a temporary discontinuance the Spanish Government might equally find it had compromised its firm position on the absence of a Belgium *jus standi* in the case. And thirdly, the Spanish Government had the conviction that its position in the pleadings as they stood was exceedingly firm. Accordingly, if confronted with a discontinuance which she believed not to be final, she would have had to give the most serious consideration to the question whether to continue the case in its then existing state.

As to the prejudice actually suffered, Spain has been brought before the Court again on the same grave charges, these charges being automatically circulated to all Members of the United Nations. Secondly, her opponent has had the opportunity of reconsidering its presentation of its whole case on the Preliminary Objections in the light of her argument ; and has in fact sought to remodel its defence to one of the Objections. Thirdly, she has had the heavy administration burden of presenting the case a second time to the Court.»³⁷²

Jugeant que cette réponse ne paraissait guère acceptable, un conseil de la Belgique, M. Jean Van Ryn, a fait notamment observer :

« Quant au préjudice qu'a pu, ou qu'aurait pu entraîner l'acceptation du désistement, s'il s'agissait d'un désistement d'instance

371. C.I.J. *Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)*, vol. III, *Questions by Judges Sir Gerald Fitzmaurice and Jessup*, p. 670.

372. *Ibid.*, *Reply of Sir Humphrey Waldock (Spain)*, pp. 759-760 (note omise).

seulement, nous croyons pouvoir interpréter la question qui a été posée, comme concernant essentiellement le préjudice éventuellement porté par l'acceptation du désistement à la position juridique de l'Espagne dans le litige.

Or à ce point de vue, il n'est pas un instant douteux que le Gouvernement espagnol conservait la possibilité de faire valoir en cas de nouvelle instance les exceptions préliminaires qu'il avait opposées dans la première instance. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait.

Le Gouvernement espagnol se plaint du fait que le Gouvernement belge ait, de son côté, eu ainsi l'occasion de 'reconsidérer', dit-il, la présentation de sa demande en tenant compte du libellé des premières exceptions préliminaires. Mais il est non moins certain que le Gouvernement espagnol a disposé d'un avantage du même ordre pour la rédaction et pour la présentation des exceptions. »³⁷³

Arrêt de la C.I.J.

La Cour internationale a examiné de façon détaillée l'argument d'*estoppel* avancé par l'Espagne, qu'elle a qualifié d'« exception fondée sur l'*estoppel* empêchant toute action ultérieure devant la Cour » (texte anglais faisant foi : *Plea of estoppel precluding further action before the Court*)³⁷⁴, et elle l'a rejeté parce qu'il ne répondait pas aux conditions de la règle strictement interprétée. Elle s'est donc clairement refusée à suivre une certaine doctrine qui aurait voulu voir dans quelques-uns de ses arrêts la preuve d'une théorie plus large de l'*estoppel*.

Pour bien comprendre son raisonnement, il paraît nécessaire de donner les indications suivantes : ayant admis que la nature d'un désistement est une question que l'on ne peut déterminer *a priori* mais que l'on doit examiner en liaison étroite avec les circonstances propres à l'espèce et souligné que, dans les cas relevant de l'article 69 de son Règlement, le désistement « est un acte essentiellement unilatéral, quel que soit son fondement, malgré l'acquiescement requis pour lui donner effet » car « toutes les notifications concernant soit l'intention de se désister, soit l'acceptation du désistement sont des notifications adressées à la Cour et non pas des notifications de partie à partie »³⁷⁵, elle a affirmé que « si une entente existe entre les parties (et une telle entente est certainement possible), elle doit précéder l'acte de désistement et être recherchée en dehors de cet acte »³⁷⁶ et elle est parvenue à la conclusion que l'on ne pouvait trouver dans cette affaire, au niveau des gouvernements, aucune preuve de l'entente dont le défendeur avait allégué l'existence³⁷⁷.

373. *Ibid.*, *Duplique de M. Van Ryn (Belgique)*, p. 895.

374. *C.I.J. Recueil 1964*, p. 6.

375. *Ibid.*, p. 20.

376. *Ibid.*

377. *Ibid.*, pp. 22-24, où la Cour constate que, bien qu'il y ait eu divers contacts au niveau des gouvernements, les échanges de vues invoqués avaient eu lieu tout d'abord presque exclusivement entre les représentants des intérêts privés en cause et que les gouvernements, pour autant qu'ils aient été tenus au courant de ces échanges de vues, ne l'avaient manifestement été qu'à titre non officiel. Et voir les indications plus détaillées données à ce sujet, *infra*, pp. 276-286 (par. 94).

Considérant en effet que le défendeur avait essayé d'établir cette preuve en se fondant essentiellement sur les échanges de vues entre les représentants des intérêts privés en cause, elle a souligné ne voir aucune raison, dans ces conditions, « de s'écarter de la règle générale selon laquelle, s'agissant d'une entente qui existerait entre des Etats parties à un procès porté devant la Cour et qui affecterait leurs droits dans ce procès, elle ne peut tenir compte que des actes et des attitudes des gouvernements ou de leurs agents autorisés »³⁷⁸. On peut observer, avec un commentateur³⁷⁹, que cette constatation permettait à elle seule d'écarter l'argument d'*estoppel* puisque — comme on le verra ultérieurement en analysant les différents éléments constitutifs de l'*estoppel* strictement défini³⁸⁰ — celui qui recourt à l'*estoppel* doit établir que l'acte ou le comportement sur la foi duquel il prétend avoir été incité à agir, ou à s'abstenir d'agir, était le fait d'un organe propre à engager internationalement la Partie adverse. La Cour l'a d'ailleurs clairement indiqué puisque, après avoir présenté comme suit l'*estoppel* allégué par l'Espagne :

« A ... contention, having the character of a plea of estoppel, was advanced by the Respondent Government This was to the effect that, independently of the existence of any understanding, the Applicant Government by its conduct misled the Respondent about the import of the discontinuance, but for which the Respondent would not have agreed to it, and as a result of agreeing to which, it had suffered prejudice. Accordingly, it is contended, the Applicant is now estopped or precluded from denying that by, or in consequence of, the discontinuance, it renounced all further right of action. »³⁸¹,

378. C.I.J. Recueil 1964, p. 23.

379. Louis, *Estoppel*, p. 218.

380. *Infra*, pp. 276-286.

381. C.I.J. Recueil 1964, p. 24. Comme on le verra plus loin (*infra*, p. 293), on peut estimer que l'utilisation du mot *misled* (« a trompé ») n'était pas des plus appropriées dans ce contexte étant donné — comme on l'a indiqué dans la première Partie (*supra*, p. 21 et p. 26) à propos de l'*estoppel by representation* du droit anglais — qu'il suffit, aux fins de la théorie de l'*estoppel* strictement défini, que l'acte ou le comportement pris en considération ait été clair et non équivoque, et que la fausseté, l'inexactitude, voire le caractère frauduleux de cet acte ou de ce comportement ne joue aucun rôle en matière d'*estoppel*. L'*estoppel* vise en effet à sanctionner dans certaines circonstances l'apparence créée par tel ou tel acte ou comportement, quand bien même celui-ci ne serait pas conforme à la vérité. L'Espagne n'avait d'ailleurs pas accusé le Gouvernement belge d'avoir fait des déclarations fausses ou erronées, mais elle s'était bornée à soutenir qu'il n'avait rien dit au Gouvernement espagnol qui eût pu lui laisser entendre d'une manière quelconque que le désistement ne mettait pas définitivement fin à toute la procédure engagée devant la Cour. On peut estimer par conséquent que la Cour n'a pas utilisé ce terme pour introduire un nécessaire élément de dol mais simplement pour décrire la représentation des faits que, de l'avis du défendeur, le Gouvernement belge avait donnée en l'espèce au Gouvernement espagnol, l'incitant ainsi à modifier sa position à son préjudice (voir les observations présentées à ce sujet par Charpentier, *Barcelona Traction*, pp. 337-338). On constatera d'ailleurs que quelques années plus tard, dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord* (cf. *infra*, pp. 168-169), la Cour n'a pas considéré que l'acte ou le comportement visé doit avoir nécessairement eu un « caractère trompeur » pour entraîner l'*estoppel*.

elle a déclaré :

« This plea meets at the outset with two difficulties. In the first place, it is not clear whether the alleged misleading conduct was on the part of the Applicant Gouvernement itself or of private Belgian parties, or in the latter event, how far it is contended that the complicity or responsibility of the Applicant Government is involved. In the second place, the Court does not consider that the alleged misleading Belgian misrepresentations have been established, any more than was the alleged understanding between the Parties about the implications of the discontinuance. »³⁸²

Elle a néanmoins estimé nécessaire de rechercher aussi — considérant que le défendeur avait peut-être plus insisté sur cet aspect de la première exception préliminaire que sur tout autre et tenant compte probablement de la question qu'un juge avait posée à ce sujet en cours de procédure³⁸³ — si, comme l'Espagne le prétendait, la situation du défendeur serait effectivement pire aujourd'hui si l'on autorisait le demandeur à soutenir le contraire de ce que son comportement aurait fait croire au Gouvernement espagnol. Et elle est parvenue également sur ce point à des conclusions négatives dont il paraît utile — aux fins d'une détermination précise de la notion de « préjudice subi » considéré comme l'un des éléments constitutifs de l'*estoppel* en droit international³⁸⁴ — de citer le passage suivant :

« As to the prejudice alleged, the only point that appears to require examination arises from the fact that in bringing the new proceedings the Applicant Government had the advantage of being able to frame its Application and ensuing Memorial with a foreknowledge of the probable nature of the Respondent's reply — a foreknowledge which a claimant State might not, at that stage of the proceedings, ordinarily possess, even though, normally, previous negotiations and diplomatic exchanges would have given it considerable information about the opposing legal position. The scope of the Court's process is however such as, in the long run, to neutralize any initial advantage that might be obtained by either side. As regards the substance, in so far as the Applicant Government was for the purposes of its Application in the present proceedings, able to modify the presentation of its claim in order to take account of objections advanced by the Respondent in the original proceedings, it appears to the Court that the Applicant could, in the light of those objections, have done exactly the same thing for the purposes of its final submissions in those proceedings themselves, which would have continued. The Applicant is always free to modify its submissions and, in fact, the final submissions of a party frequently vary from those found in the written pleadings. Consequently the Court is not able to hold that any true prejudice was suffered by the Respondent. »³⁸⁵

382. *C.I.J. Recueil 1964*, p. 24.

383. Cf. *supra*, pp. 160 *in fine* - 161.

384. Voir les remarques présentées à ce sujet *infra*, par. 99-100, 293-300.

385. *C.I.J. Recueil 1964*, p. 25.

Il est à signaler que deux juges — respectivement M. Bustamante et M. Armand-Ugon (juge *ad hoc*) — ont également donné leur avis sur cette question du préjudice, mais sans se référer à l'*estoppel*, dans leurs opinions jointes à l'arrêt ³⁸⁶.

64. Affaires du plateau continental de la mer du Nord (1969) ³⁸⁷. — L'arrêt rendu par la C.I.J. permet lui aussi de relever une détermination très stricte de l'*estoppel* en droit international public. Son intérêt est d'autant plus grand que la Cour a souligné clairement les dangers que présentait à son avis la thèse, extensive, selon laquelle un Etat serait lié sans plus par ses actes ou comportements. Plusieurs juges ont également tenu à indiquer leurs vues sur cette question dans leurs opinions individuelles ou dissidentes ³⁸⁸.

Il convient de rappeler brièvement les faits et l'argumentation des Parties dont la connaissance est nécessaire pour comprendre le raisonnement de la Cour en ce qui concerne l'*estoppel*. Le litige qui opposait la République fédérale d'Allemagne à deux de ses voisins, le Danemark et les Pays-Bas, portait sur la délimitation de leurs plateaux continentaux respectifs dans la mer du Nord. Le Danemark et les Pays-Bas affirmaient que le principe de l'équidistance résultant de l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental ³⁸⁹, qui était entrée en vigueur le 10 juin 1964 et à laquelle ils étaient parties, constituait en l'espèce la règle obligatoire pour opérer ladite délimitation; la République fédérale d'Allemagne, qui avait signé mais non ratifié cette Convention, le contestait. La question se posait donc de savoir si cette disposition de la Convention de Genève sur la plateau continental était opposable à la République fédérale et, dans l'affirmative, de quelle manière.

386. *Ibid.*, *Opinion individuelle de M. Bustamante*, pp. 80 *in fine* - 82, et *Opinion dissidente de M. Armand-Ugon*, p. 133.

387. Références données *supra*, note 34, p. 69. Et voir notamment François Monconduit, « Affaire du plateau continental de la mer du Nord », *A.F.D.I.* 1969, pp. 226-228, Lang, *op. cit.*, pp. 51-60, Krystyna Marek, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *Revue belge de droit international*, 1970, pp. 46, 65, 66, Roger Pinto, « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, III. — Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord », *Journal du droit international*, 1970, p. 162, Müller, *op. cit.*, pp. 6, 109-110, 166, Charles Vallée, *Le plateau continental dans le droit positif actuel* (Paris : Pedone, 1971), pp. 265-266, 285-286, Jacqué, *op. cit.*, pp. 54, note 70, 218, note 80, Paul De Visscher, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1972, pp. 82-83, Vallée, *Estoppel*, pp. 971-972, 976, note 93.

388. Il s'agit respectivement — comme on va le voir — des opinions individuelles de MM. Padilla Nervo et Fouad Ammoun et des opinions dissidentes de MM. Kotaro Tanaka, Manfred Lachs et Max Sørensen.

389. L'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental porte : « 2. Dans le cas où le même plateau continental est adjacent aux territoires de deux Etats limitrophes, la délimitation du plateau continental est déterminée par accord entre ces Etats. A défaut d'accord, et à moins que des circonstances spéciales ne justifient une autre délimitation, celle-ci s'opère par application du principe de l'équidistance des points les plus proches des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale de chacun de ces Etats. »

Thèses des Parties.

Le Danemark et les Pays-Bas ont notamment soutenu — mais sans invoquer l'*estoppel* — que le régime de la Convention, et en particulier de son article 6, était devenu obligatoire pour la République fédérale en raison, entre autres, de son comportement, de ses déclarations publiques et de ses proclamations³⁹⁰ : a) la République fédérale d'Allemagne a pris part aux travaux de la Conférence de Genève de 1958 sur le droit de la mer en contribuant positivement à l'élaboration de la Convention sur le plateau continental et elle a signé cette Convention, aboutissement de ces travaux, sans formuler la moindre réserve à l'article 6 ; b) dans une proclamation du 20 janvier 1964, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne s'est fondé sur cette Convention pour affirmer ses droits souverains sur le plateau continental, aux fins de son exploration et de l'exploitation de ses ressources naturelles, en déclarant son intention de soumettre « prochainement au corps législatif un projet de loi d'adhésion à cette convention afin de créer la base constitutionnelle de ratification par la République fédérale d'Allemagne »³⁹¹, et il est dit par ailleurs en termes clairs dans l'exposé des motifs d'un projet de loi allemand du 15 mai 1964 sur la détermination provisoire des droits sur le plateau continental, qui se réfère à la Convention de 1958 dans son ensemble sans faire d'exceptions ni de réserves, que cette Convention est l'expression même d'un changement général d'attitude à l'égard de la question du plateau continental³⁹² ; c) on peut voir dans les traités bilatéraux concernant la délimitation latérale du plateau continental à proximité de la côte, que la République fédérale d'Allemagne a conclus en 1964 avec les Pays-Bas et en 1965 avec le Danemark, un acquiescement à l'application de la règle de l'équidistance en raison des affirmations implicites ou explicites contenues dans ces textes³⁹³.

La République fédérale s'est élevée pour sa part contre chacune de ces assertions, soulignant en particulier que a) on ne pouvait donner à la signature d'une convention ou même au simple fait d'avoir participé à sa rédaction un effet juridique équivalent à une ratification³⁹⁴ ; b) le fait que le Gouvernement fédéral avait déclaré dans sa proclamation du 20 janvier 1964 qu'il prenait des mesures

390. Cf. C.I.J. *Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, *Counter-Memorial of Denmark*, pp. 163-165, et *Counter-Memorial of the Netherlands*, pp. 318-320. Et voir Lang, *op. cit.*, pp. 35-42, qui analyse dans le détail ces différents arguments et les débats qu'ils ont entraînés. Voir également C.I.J. *Recueil 1969, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo*, pp. 94-96.

391. Traduction du Greffe de la C.I.J. in C.I.J. *Recueil 1969, Opinion dissidente de M. Lachs*, p. 233.

392. Le texte complet de cet exposé des motifs est reproduit dans le Contre-Mémoire danois, C.I.J. *Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. 1, Annexe 11, p. 247.

393. Cf. les références données à ce sujet par Lang, *op. cit.*, pp. 39-41.

394. C.I.J. *Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, *Reply of the Federal Republic of Germany*, p. 399, par. 23.

en vue de ratifier la Convention ne saurait être considéré comme une promesse juridique et obligatoire de le faire et cette proclamation, loin de constituer une approbation de l'ensemble du texte de la Convention, visait essentiellement les droits revendiqués par l'Allemagne et ne comportait pas, s'agissant de la délimitation proprement dite du plateau continental, une application rigoureuse du principe de l'équidistance mais mettait au contraire fermement l'accent sur les accords internationaux à conclure à ce sujet entre les Etats intéressés³⁹⁵; c) les traités bilatéraux de délimitation partielle qui avaient été conclus en 1964 et en 1965 avaient été décrits en fait — ainsi que l'indiquait notamment le procès-verbal commun des délégations allemande et néerlandaise³⁹⁶ — comme devant constituer des accords au sens de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention sur le plateau continental, ce qui excluait délibérément la deuxième phrase de ce paragraphe, qui traite de l'équidistance³⁹⁷.

Arrêt de la C.I.J.

La Cour internationale s'est longuement penchée sur la question de savoir « si la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental lie toutes les Parties à la présente affaire, c'est-à-dire si, comme le Danemark et les Pays-Bas le soutiennent, l'article 6 de cette Convention relatif à la délimitation rend la méthode de l'équidistance obligatoire en l'espèce, dans les conditions qu'il prévoit »³⁹⁸. Ayant déclaré que la République fédérale d'Allemagne, qui avait signé la Convention mais ne l'avait pas ratifiée, n'y était donc pas partie, elle a présenté comme suit l'argument avancé sur ce point par le Danemark et les Pays-Bas :

« It is admitted on behalf of Denmark and the Netherlands that in these circumstances the Convention cannot, as such, be binding on the Federal Republic, in the sense of the Republic being contractually bound by it. But it is contended that the Convention, or the régime of the Convention, and in particular of Article 6, has become binding on the Federal Republic in another way, — namely because, by conduct, by public statements and proclamations, and in other ways, the Republic has unilaterally assumed the obligations of the Convention ; or has manifested its acceptance of the conventional régime ; or has recognized it as being generally applicable to the delimitation of continental shelf areas. It has also been suggested that the Federal Republic had held itself out as so assuming, accepting or recognizing, in such a manner as to cause

395. *Ibid.*, p. 402, par. 28.

396. Cf. Lang, *op. cit.*, pp. 39-40. Le texte complet de ce procès-verbal commun est reproduit dans *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. 1, pp. 102-103 (Annex 4).

397. Cf. *C.I.J. Mémoires, Plateau continental de la mer du Nord*, vol. I, *Reply of the Federal Republic of Germany*, pp. 402-403, par. 29.

398. *C.I.J. Recueil 1969*, p. 24, par. 25.

other States, and in particular Denmark and the Netherlands, to rely on the attitude thus taken up. » ³⁹⁹

On peut considérer, encore que le Danemark et les Pays-Bas se fussent à juste titre gardés d'utiliser ce terme, qu'elle se trouvait confrontée ici avec une argument d'*estoppel lato sensu* (dans le sens entendu par les partisans de la conception extensive de l'*estoppel*) et qu'elle l'a rejeté parce que les différents éléments constitutifs de la règle de l'*estoppel* strictement interprétée n'étaient pas présents. Elle a affirmé en effet :

« As regards these contentions, it is clear that only a very definite, very consistent course of conduct on the part of a State in the situation of the Federal Republic could justify the Court in upholding them ; and, if this had existed — that is to say if there had been a real intention to manifest acceptance or recognition of the applicability of the conventional régime — then it must be asked why it was that the Federal Republic did not take the obvious step of giving expression to this readiness by simply ratifying the Convention. In principle, when a number of States, including the one whose conduct is invoked, and those invoking it, have drawn up a convention specifically providing for a particular method by which the intention to become bound by the régime of the convention is to be manifested — namely by the carrying out of certain prescribed formalities (ratification, accession), it is not lightly to be presumed that a State which has not carried out these formalities, though at all times fully able and entitled to do so, has nevertheless somehow become bound in another way. Indeed if it were a question not of obligation but of rights, — if, that is to say, a State which, though entitled to do so, had not ratified or acceded, attempted to claim rights under the convention, on this basis of a declared willingness to be bound by it or of conduct evincing acceptance of the conventional régime, it would simply be told that, not having become a party to the convention it could not claim any rights under it until the professed willingness and acceptance had been manifested in the prescribed form » ⁴⁰⁰,

ajoutant que si la République fédérale avait ratifié la Convention, elle aurait pu formuler une réserve à l'égard de l'article 6 et pourrait encore le faire aujourd'hui si elle ratifiait la Convention ⁴⁰¹, et concluant en donnant — comme dans l'affaire des *emprunts serbes* (1929) ⁴⁰² et dans l'*affaire de la Barcelona Traction* (1964) ⁴⁰³ — une définition stricte de l'*estoppel* :

« Having regard to these considerations of principle, it appears to the Court that only the existence of a situation of *estoppel* could suffice to lend substance to this contention, — that is to say if the Federal Republic were now precluded from denying the

399. *Ibid.*, p. 25, par. 27.

400. *Ibid.*, pp. 25-26, par. 28.

401. *Ibid.*, p. 26, par. 29.

402. Cf. *supra*, pp. 150-151.

403. Cf. *supra*, pp. 162-164.

applicability of the conventional régime, by reason of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of that régime, but also had caused Denmark or the Netherlands, in reliance on such conduct, detrimentally to change position or suffer some prejudice. Of this there is no evidence whatever in the present case.» ⁴⁰⁴

Ayant souligné qu'il ne lui semblait guère utile, dans ces conditions, d'examiner en détail les divers actes de la République fédérale invoqués par le Danemark et les Pays-Bas à l'appui de leur thèse, elle a constaté, après avoir considéré certains de ces actes ⁴⁰⁵ :

« In the result it appears to the Court that none of the elements invoked is decisive ; each is ultimately negative or inconclusive ; all are capable of varying interpretations or explanations. It would be one thing to infer from the declarations of the Federal Republic an admission accepting the fundamental concept of coastal State rights in respect of the continental shelf : it would be quite another matter to see in this an acceptance of the rules of delimitation contained in the Convention. The declarations of the Federal Republic, taken in the aggregate, might at most justify the view that to begin with, and before becoming fully aware of what the probable effects in the North Sea would be, the Federal Republic was not specifically opposed to the equidistance principle as embodied in Article 6 of the Convention. But from a purely negative conclusion such as this, it would certainly not be possible to draw the positive inference that the Federal Republic, though not a party to the Convention, had accepted the régime of Article 6 in a manner binding upon itself.» ⁴⁰⁶

Et elle a tenu à souligner, s'élevant fermement contre ce qui pouvait apparaître comme une conception extensive de l'*estoppel* ou, si l'on préfère, comme une argumentation fondée sur la forclusion découlant purement et simplement pour un Etat de certains de ses actes ou comportements :

404. *C.I.J. Recueil 1969*, p. 26, par. 30.

405. *Ibid.*, p. 26, par. 31 : « In these circumstances it seems to the Court that little useful purpose would be served by passing in review and subjecting to detailed scrutiny the various acts relied on by Denmark and the Netherlands as being indicative of the Federal Republic's acceptance of the régime of Article 6 ; — for instance that at the Geneva Conference the Federal Republic did not take formal objection to Article 6 and eventually signed the Convention without entering any reservation in respect of that provision ; that it at one time announced its intention to ratify the Convention ; that in its public declarations concerning its continental shelf rights it appeared to rely on, or at least cited, certain provisions of the Geneva Convention. In this last connection a good deal has been made of the joint Minute signed in Bonn, on 4 August 1964, between the then-negotiating delegations of the Federal Republic and the Netherlands. But this minute made it clear that what the Federal Republic was seeking was an agreed division, rather than a delimitation of the central North Sea continental shelf areas, and the reference it made to Article 6 was specifically to the first sentence of paragraphs 1 and 2 of that Article, which speaks exclusively of delimitation by agreement and not at all of the use of the equidistance method.»

406. *Ibid.*, pp. 26-27, par. 32.

« The dangers of the doctrine here advanced by Denmark and the Netherlands, if it had to be given general application in the international law field, hardly need stressing. » ⁴⁰⁷

Opinions jointes à l'arrêt.

Plusieurs juges ont estimé nécessaire de préciser leurs vues sur ce problème dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, et certains d'entre eux ont entièrement souscrit à la définition stricte de l'*estoppel* donnée par la Cour.

M. Padilla Nervo, juge de la majorité, a examiné les différents arguments avancés par le Danemark et les Pays-Bas en vue de justifier l'applicabilité en l'espèce de la méthode de l'équidistance visée à l'article 6 de la Convention de 1958 ⁴⁰⁸ et il a considéré que l'*estoppel*, qui constituait à son avis l'un de ces arguments, devait être écarté parce que ses conditions d'application n'étaient pas remplies :

« The principle of estoppel cannot in this case be applied against the Federal Republic. It cannot be proved that the two Kingdoms [le Danemark et les Pays-Bas] changed their position for the worse relying on such acts of the Federal Republic as its 1964 Proclamation or its manifestation of its intention to ratify the Convention. » ⁴⁰⁹

Dans son opinion individuelle, M. Fouad Ammoun a émis des vues un peu plus larges que celles de l'arrêt sur la théorie de l'*estoppel*, puisqu'il a déclaré :

« L'acquiescement découlant d'un acte juridique unilatéral ou de l'attitude de la personne à laquelle il est opposé — soit par application de la notion d'*estoppel by conduct* relevant de l'*equity* anglo-américaine, soit en vertu du principe *allegans contraria non audiendus est* du droit occidental, qui a son pendant dans le droit musulman [il s'est référé ici, en note, à l'article 100 du *Majallat El Ahkam* (code de droit civil musulman)] — figure au nombre des principes généraux du droit accueillis par le droit international comme faisant partie du droit des nations et obéissant aux règles d'interprétation y afférentes. » ⁴¹⁰

Mais on peut constater qu'il a retenu en quelque sorte l'un des éléments classiques de l'*estoppel by representation* de la *common law* ⁴¹¹ en disant :

« ... lorsque l'acquiescement allégué est tacite, ainsi qu'il le serait dans la présente cause en tant que déduit du comportement de la partie contre laquelle il est invoqué, il exige la recherche de

407. *Ibid.*, p. 27, par. 33.

408. *Ibid.*, *Separate Opinion of Judge Padilla Nervo*, pp. 94-96.

409. *Ibid.*, p. 96.

410. *Ibid.*, *Opinion individuelle de M. Fouad Ammoun*, pp. 120 in fine - 121.

411. Cf. *supra*, par. 9, pp. 20-24.

l'intention manifestant une volonté certaine dépourvue d'ambiguïté »⁴¹²,

et c'est précisément parce qu'une telle intention ne lui paraissait pas se dégager en l'espèce des actes unilatéraux et du comportement de la République fédérale que l'on ne pouvait les interpréter comme un acquiescement à l'application de la ligne d'équidistance visée à l'article 6 de la Convention de 1958⁴¹³.

Des juges dissidents ont également présenté d'intéressantes observations sur cette question en donnant leur avis sur la théorie de l'*estoppel* ou en se prononçant, de façon plus générale, sur le problème de la forclusion en droit international.

M. Kotaro Tanaka s'est entièrement rallié à la définition stricte de l'*estoppel* avancée par la Cour, disant :

« As to whether a situation of estoppel exists or not, I hesitate to recognize this latter because there is no evidence that Denmark and the Netherlands were caused to change position or suffer some prejudice in reliance on the conduct of the Federal Republic, as is properly stated by the Court's Judgment »⁴¹⁴,

mais il a considéré, à la suite d'un raisonnement très élaboré⁴¹⁵, que le principe de l'équidistance énoncé à l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de Genève de 1958 était applicable parce qu'il constituait une règle de droit coutumier ou, tout au moins, découlait « nécessairement de la notion fondamentale de plateau continental »⁴¹⁶.

M. Manfred Lachs ne s'est pas référé quant à lui à l'*estoppel*, mais ses réflexions sur la thèse dano-hollandaise, qui lui parut fondée, méritent d'être mentionnées car elles indiquent clairement que l'on peut concevoir, du point de vue théorique, une forclusion qui intervient indépendamment de l'appareil technique de l'*estoppel* parce qu'elle est l'effet d'un acte juridique (en l'occurrence la reconnaissance) dont le droit des gens a fixé de façon précise les éléments constitutifs⁴¹⁷. Il a déclaré en effet, après avoir procédé à un examen approfondi des déclarations et comportements visés de la République fédérale d'Allemagne :

« In sum, the fragility of the claim to have withheld recognition from Article 6, paragraph 2, as a whole is manifest. It is a claim which has been argued from a change of position on the ratification issue the very purpose of which was to explain away definitive and unambiguous statements conveying such recognition. In fact the Federal Republic made clear its intention to ratify the Convention simultaneously with the Proclamation acknowledging it and the

412. C.I.J. Recueil, 1969, p. 121.

413. *Ibid.*, pp. 121-122.

414. *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, pp. 173 in fine - 174.

415. *Ibid.*, p. 174 et ss.

416. *Ibid.*, p. 179.

417. *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Lachs, pp. 232-238. Et voir les remarques présentées à ce sujet *infra*, pp. 205-210, en particulier pp. 207-209.

practice as expressive of 'general international law'. The link between such recognition and ratification may have been more than merely chronological, e.g. (the latter resulting from the former), one of cause and effect. Subsequently the Federal Government had second thoughts about ratifying the Convention. But, given the unreserved nature of the Proclamation and *exposé des motifs* ⁴¹⁸, the expression of such second thoughts cannot alter the fact that the Federal Republic — whether or not it ratifies the Convention — has recognized the binding character of the rules concerned.

The whole of the Federal Republic's reasoning on the subject bears all the marks of an *ex post facto* construction. It has obscured the true legal issue in the present cases. It can have no effect on the recognition of the Convention (and within it of Article 6, paragraph 2) and of State practice ...

Having thus analysed the position taken by the Federal Republic, I reach the conclusion that it has recognized the provisions of the Convention on the Continental Shelf and in particular its Article 6, paragraph 2, as binding. Subsequent changes in its attitude, in view of the nature of its unequivocal statements, can have no legal effect. » ⁴¹⁹

M. Max Sørensen (juge *ad hoc* désigné par le Danemark et les Pays-Bas) a souligné pour sa part — ayant admis que la République fédérale d'Allemagne n'avait pas, par son comportement et ses déclarations, assumé les obligations qui découlent de la Convention de Genève sur le plateau continental et que celle-ci ne lui était donc pas opposable « sur une base contractuelle ou quasi contractuelle » ⁴²⁰ — que l'attitude de la République fédérale était importante « non point tant au regard des notions juridiques traditionnelles de reconnaissance expresse ou tacite et d'*estoppel* que dans le contexte d'un processus général de création de règles juridiques internationales d'application universelle » ⁴²¹ et il est parvenu à la conclusion que les dispositions de la Convention devaient être tenues pour des règles du droit international généralement acceptées et par conséquent applicables à cet Etat ⁴²².

418. Il s'agit — comme on l'a vu *supra*, p. 166 — d'une proclamation Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne du 20 janvier 1964 et de l'exposé des motifs d'un projet de loi allemand du 25 mai 1964 sur la détermination provisoire des droits sur le plateau continental.

419. *C.I.J. Recueil 1969, Dissenting Opinion of Judge Lachs*, p. 238.

420. *Ibid.*, *Dissenting Opinion of Judge Sørensen*, p. 242 (traduction du Greffe de la Cour).

421. *Ibid.*, p. 248 (traduction du Greffe de la Cour).

422. *Ibid.*, p. 249.

CHAPITRE IV

LES CONCEPTIONS DE L'ESTOPPEL DANS LA DOCTRINE INTERNATIONALE

65. Observations générales. — Un examen des différents commentaires présentés par les auteurs au sujet de l'institution de l'*estoppel* en droit international public permet également de relever l'existence de deux conceptions générales opposées, qui se subdivisent chacune en diverses tendances ⁴²³.

Il apparaît, de façon générale, que les publicistes n'ont pas estimé nécessaire de décrire dans le détail les diverses formes de l'*estoppel* de la *common law* ni d'analyser les difficultés que cette théorie a soulevées, et continue de soulever, en droit interne, mais se sont essentiellement attachés à expliquer la manière dont cette règle devait être envisagée sur le plan international et ont émis les avis les plus variés. Il est certes naturel qu'une théorie en pleine expansion, dont les contours ne sont pas nettement établis dans la *common law* elle-même ⁴²⁴ et qui a donné lieu à des prises de position si contradictoires dans la pratique internationale ⁴²⁵, ait conduit certains commentateurs à se prononcer clairement en faveur de la conception extensive de l'*estoppel* et d'autres à prendre au contraire fermement parti pour la conception restrictive. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs fait état de ces thèses divergentes ⁴²⁶, et certains d'entre eux leur ont consacré un examen approfondi avant d'opérer leur choix.

On constate cependant une évolution certaine de la doctrine internationale, en raison même des développements jurisprudentiels, et l'on peut noter, d'une manière toute générale, A) que les auteurs ont d'abord marqué une réelle indétermination théorique, B) qu'ils

423. Cf. en particulier les différents ouvrages et articles mentionnés *supra*, note 40, p. 70.

424. Cf. *supra*, par. 7, pp. 17-19.

425. Cf. *supra*, Chapitres premier - III, pp. 73-172.

426. Notamment (par ordre chronologique) Cheng, *op. cit.*, pp. 141-149, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 472 *in fine* - 473, 477 - 478, 487, Cot, *Préah Vihéar*, pp. 244-245, Jennings, *op. cit.*, pp. 41 et 43, note 2, Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 117-118, Eric Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public* (Thèse, Genève ; Paris : L.G.D.J., 1962), p. 64, note 53, Charpentier, *Barcelona Traction*, pp. 337-338, Barale, *op. cit.*, pp. 423-424, Louis, *Estoppel*, pp. 220-222, 229-230, Akehurst, *op. cit.*, p. 286, Dominicé, *Estoppel*, p. 329-330, Lang, *op. cit.*, pp. 51-58, Vallée, *Estoppel*, pp. 954 - 963, 979.

semblent avoir adhéré ensuite, pour la plupart, à la conception extensive de l'*estoppel*, et C) que la majorité d'entre eux paraissent considérer aujourd'hui que l'*estoppel* ne se présente comme une institution juridique autonome du droit des gens que si l'on délimite strictement ses éléments constitutifs, sa portée et ses effets.

A. — Indétermination théorique des premiers travaux.

66. Principales contributions. — Les premiers travaux sur l'*estoppel* en droit international révélaient mal une conception précise, car les auteurs en donnaient généralement une définition rigoureuse tirée du droit anglo-américain mais paraissaient ensuite, s'inspirant de diverses décisions arbitrales et judiciaires, lui conférer un rôle des plus larges et le décrire, paradoxalement, comme une règle de droit matériel opérant indépendamment des conditions techniques qu'ils venaient d'énoncer. Comme on l'a vu, cette indétermination théorique a conduit parfois des plaideurs à se référer aux mêmes auteurs pour étayer des thèses opposées sur l'*estoppel* ⁴²⁷.

— En 1924, dans un article relatif à la légalité de l'occupation de la Ruhr par la France ⁴²⁸, Arnold D. McNair avait constaté que la théorie de l'*estoppel* n'avait suscité jusqu'ici que peu d'intérêt sur le plan international et, ayant souligné qu'il était dès lors difficile de se prononcer de façon certaine sur la nature juridique et les effets de cette règle, il avait marqué quelque hésitation ⁴²⁹. Ayant en effet passé en revue les différentes formes de l'*estoppel* de la *common law*, pris soin de reproduire des définitions classiques de l'*estoppel by conduct* (l'une des catégories de l'*estoppel by representation* ⁴³⁰) et rappelé que cette règle jouait essentiellement un rôle en matière de preuves et visait simplement à empêcher une personne de revenir en justice, dans certaines circonstances, sur l'une de ses déclarations antérieures, il s'était référé à trois sentences arbitrales internationales qui démontraient son incertitude, car si l'une d'entre elles — celle rendue dans l'affaire *Tinoco* ⁴³¹ — avait effectivement donné une définition très stricte de l'*estoppel*, les deux autres — rendues dans l'affaire du fonds pieux des Californies ⁴³² et dans l'affaire de la mer de Behring ⁴³³ — ne pouvaient être prises en considé-

427. Cf. *supra*, note 221, p. 116 et p. 117, notes 224 et 225.

428. McNair, *Occupation of the Ruhr* (titre complet donné *supra*, note 40, p. 70), p. 17 et ss.

429. *Ibid.*, pp. 31-37, dans une rubrique intitulée *The Argument based on Estoppel*.

430. Cf. *supra*, note 59, p. 20. Il a cité en particulier, p. 34, la célèbre définition donnée par Lord Denman dans l'affaire *Pickard v. Sears* qui — comme on l'a vu *supra*, note 43, p. 16 — fait clairement ressortir les différents éléments constitutifs de l'*estoppel by representation*.

431. Cf. *supra*, pp. 142-145.

432. Cf. *supra*, pp. 79-80.

433. Références données *supra*, note 250, p. 124.

ration au titre de l'*estoppel* qu'en partant d'une conception très large de la règle. L'*affaire de la mer de Behring* — dans laquelle les Etats-Unis avaient fait notamment valoir que la Grande-Bretagne, qui avait acquiescé à leur droit de contrôle sur les pêcheries dans cette mer, ne pouvait venir le contester maintenant — l'avait d'ailleurs conduit à observer : « This is not *estoppel eo nomine*, but it shows that international jurisprudence has a place for some recognition of the principle that a State cannot blow hot and cold — *allegans contraria non audiendus est* »⁴³⁴. Il est à noter qu'il a manifesté la même indétermination dans un ouvrage publié en 1961⁴³⁵, donnant à nouveau une définition classique de l'*estoppel by representation* anglais et soulignant, comme en 1924, la difficulté que l'on avait à établir, dans le domaine international, les éléments constitutifs et la portée de cette règle⁴³⁶.

— C'est une position assez semblable que Hersch Lauterpacht avait adoptée en 1927, dans un ouvrage intitulé *Private Law Sources and Analogies of International Law*⁴³⁷. Après avoir cité lui aussi une définition célèbre de l'*estoppel by representation anglais*⁴³⁸ et souligné que cette règle opérait *in foro domestico* dans le cadre de la procédure probatoire, il avait considéré — à l'instar, comme on le verra⁴³⁹, des partisans de la conception extensive de l'*estoppel* — que l'on se trouvait à vrai dire en présence d'un principe général de droit reconnu par l'ensemble des nations et d'une portée très étendue, en dépit de ses aspects techniques dans la *common law* :

« It might seem that this is a doctrine exclusively confined to English law, and that it cannot therefore be regarded as a general principle of private jurisprudence. But this is so only in form. In substance, the principle underlying *estoppel* is recognised by all systems of private law, not only with regard to *estoppel by record* (*estoppel by judgment, res judicata*), but also, under different names, with regard to *estoppel by conduct* and by deed. Where the Anglo-American lawyer refers to *estoppel*, the continental jurist will usually say that the party is 'precluded' from asserting a fact or putting forward a demand. But apart from the differences in terminology and from the fact that in the common law countries

434. McNair, *Occupation of the Ruhr*, p. 35. Et voir Lauterpacht *Private Law Sources*, pp. 205, 223-227, 235-236, Friede, *Estoppel*, p. 529, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 469, 486, 496-497, 505, note 61, Mosconi, *Estoppel*, pp. 392, 400, Dominicé, *Estoppel*, p. 350, Vallée *Estoppel*, p. 964, note 54.

435. McNair, *The Law of Treaties* (références données *supra*, note 1, p. 65), Chapitre XXIX, *Estoppel*.

436. *Ibid.*, p. 485.

437. Le titre complet et les références de cet ouvrage sont donnés *supra*, note 40, p. 70. Voir en particulier les Chapitres V, p. 203 et ss. VII, p. 244 et ss., et VIII, p. 266 et ss.

438. *Ibid.*, p. 203. Il s'agit de la définition donnée par Lord Denman dans l'*affaire Pickard v. Sears*, que l'on a reproduite *supra*, note 43, p. 16.

439. *Infra*, par. 69, pp. 184-187.

the doctrine has received a more thorough and systematic treatment, there is nothing that would justify us in asserting that the position is radically different in various systems of law.»⁴⁴⁰

Mais les nombreuses affaires arbitrales auxquelles il s'était référé pour illustrer sa pensée et les commentaires qu'il avait présentés à leur propos démontraient son incertitude théorique puisque certaines d'entre elles pouvaient être prises en considération au titre de l'*estoppel* strictement défini⁴⁴¹, alors que d'autres n'étaient que des exemples de l'*estoppel* largement interprété⁴⁴² et que d'autres enfin n'avaient pas utilisé ce terme et ne pouvaient être mentionnées dans ce contexte qu'en partant de l'idée, extensive, qu'elles avaient entraîné l'application d'un quasi-*estoppel*. Il convient de donner quelques indications sur ces dernières, que l'on n'a pas encore examinées, parce qu'elles ont été invoquées quelquefois par des Parties devant la Cour de La Haye en matière d'*estoppel* et que certains auteurs les ont considérées comme des exemples d'une « application implicite » de l'*estoppel*⁴⁴³. Il s'agit — en plus de l'affaire de la mer de Behring, dont on vient de voir qu'elle ne réfère pas expressément à l'*estoppel*⁴⁴⁴ — de l'affaire du droit de préférence réclamé par les Puissances bloquantes au Venezuela (1904)⁴⁴⁵, de l'affaire de l'indemnité russe (1912)⁴⁴⁶ et de l'affaire Croft (1856)⁴⁴⁷.

440. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 204 (notes omises).

441. Il s'agit de l'affaire de la Guyane britannique (cf. *supra*, pp. 140-141), de l'affaire Corvaia (cf. *supra*, pp. 141-142) et de l'affaire Tinoco (cf. *supra*, pp. 142-145).

442. Il s'agit de l'affaire du fonds pieux des Californies (cf. *supra*, pp. 79-80) et de l'affaire des frontières de l'Alaska (cf. *supra*, note 250, p. 124).

443. Pour reprendre la formule utilisée par Michel de la Grotte dans « Les affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale pendant la période 1926-1928 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1929, p. 247 (cité par Friede, *Estoppel*, p. 525).

444. *Supra*, pp. 174 in fine-175.

445. Sentence rendue le 22 février 1905 par la C.P.A. entre l'Allemagne, la Grande-Bretagne, l'Italie, et al., d'une part, et le Venezuela, de l'autre. Cette sentence est reproduite dans R.S.A.N.U., vol. IX, p. 99 et ss. Cf. Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 205, 250-255. Voir également Friede, *Estoppel*, pp. 531 in fine - 532, Bowett, *Estoppel*, pp. 182-183, 199, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 486, 506, Mosconi, *Estoppel*, pp. 393, 400, Jenks, *International Adjudication*, pp. 267, 415, Dominicé, *Estoppel*, pp. 347-348, Youakim, *Estoppel*, p. 88.

446. Sentence rendue le 11 novembre 1912 par la C.P.A. entre la Turquie et la Russie, reproduite dans R.S.A.N.U., vol. XI, p. 421 et ss., et dans James Brown Scott, *Hague Court Reports* (New York : Oxford Univ. Press American Branch, 1916 (1^{re} série) et 1932 (2^e série), ci-après mentionné « *Hague Court Reports* », 1^{re} série, p. 297 et ss. Cf. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 206, 255-261. Voir également Friede, *Estoppel*, pp. 523-524, Bowett, *Estoppel*, pp. 189, 192, 194, MacGibbon, *Estoppel*, p. 486, Mosconi, *Estoppel*, pp. 393, 400-401, Jenks, *International Adjudication*, p. 267, Dominicé, *Estoppel*, p. 351, Youakim, *Estoppel*, pp. 181-183.

447. Sentence rendue par le Sénat de Hambourg le 7 février 1856 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, reproduite dans Moore, *International Arbitrations*, vol. V, p. 4979 et ss. Cf. Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 204-205, 267-269. Voir également Friede, *Estoppel*, pp. 521-523, Cheng, *op. cit.*, p. 148, notes 39 et 40, Bowett, *Estoppel*, pp. 186, 195, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 484, note 82, 486, Mosconi, *Estoppel*, pp. 392, 399, Jenks, *International Adjudication*, pp. 267, 415, Dominicé, *Estoppel*, pp. 346-347, Vallée, *Estoppel*, p. 964, note 54.

Lauterpacht était parvenu à la conclusion que les tribunaux avaient appliqué l'*estoppel* dans chacun de ces cas, même s'ils n'avaient pas employé ce terme, ou qu'ils avaient admis tout au moins les principes généraux qui commandent l'*estoppel*.

Dans l'affaire du droit de préférence réclamé par les Puissances bloquantes au Venezuela, la question soumise à l'arbitrage était de savoir si l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Italie avaient droit à un traitement préférentiel pour le paiement de leurs réclamations contre le Venezuela. Les faits étaient les suivants⁴⁴⁸ : au début du xx^e siècle, ces trois Puissances, ainsi que plusieurs autres Etats, avaient fait valoir à différents titres des réclamations contre le Venezuela ; n'ayant pu obtenir satisfaction, l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Italie avaient procédé, à la fin de 1902, au blocus des ports vénézuéliens et le Venezuela avait alors conclu avec elles, en février 1903, des accords aux termes desquels il avait reconnu le bien-fondé de leurs réclamations et s'était engagé à prélever un certain pourcentage sur ses revenus de douane pour en assurer le paiement, ainsi que le paiement des réclamations analogues des autres Puissances — dites « Puissances neutres » — qui avaient été admises à adhérer aux stipulations desdits accords ; le blocus avait été levé, mais une difficulté avait surgi parce que les trois Puissances bloquantes avaient prétendu à un traitement préférentiel de leurs réclamations — prétention que le Venezuela n'avait pas admise, considérant que les accords de 1903 avaient laissé cette question pendante. Le tribunal a recherché quelle avait été l'intention des Parties lors des négociations qui avaient abouti à la levée du blocus et à la conclusion des accords de 1903. Après avoir relevé que a) les Puissances bloquantes, en admettant l'adhésion aux stipulations des accords de 1903 des autres Puissances ayant des réclamations à l'égard du Venezuela, ne pouvaient évidemment avoir l'intention de renoncer à leurs droits acquis, ni à leur position privilégiée de fait, b) le Gouvernement vénézuélien ne s'était engagé à offrir des garanties spéciales qu'à l'égard des Puissances bloquantes et c) les Puissances neutres n'avaient pas protesté contre la prétention des Puissances bloquantes à un traitement préférentiel ni au moment où le blocus avait été levé, ni immédiatement après la signature des accords de 1903⁴⁴⁹, il a conclu que le traitement préférentiel devait être reconnu, soulignant notamment que « la bonne foi doit régir les relations internationales »⁴⁵⁰. De l'avis de Lauterpacht, cette conclusion découlait clairement de l'argument que l'une des Puissances

448. Cf. analyses des sentences rendues par les Tribunaux d'Arbitrages constitués conformément aux stipulations des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, ainsi que par les juridictions spéciales d'arbitrage qui ont fonctionné en application de l'article 47 de la Convention de 1907, 1899-1934 (La Haye : Bureau international de la Cour Permanente d'Arbitrage, 1934), pp. 5-6.

449. R.S.A.N.U., vol. IX, pp. 108-110.

450. *Ibid.*, p. 110.

bloquantes, la Grande-Bretagne, avait fondé sur l'*estoppel*, en avançant : « ... the other powers [c'est-à-dire les Puissances neutres] acquiesced in the action of the blockading powers, and acquiesced in the action of the blockading powers with a view to the enforcement of their (the blockading powers) own claims. The blockading powers acted upon that acquiescence, and, after such action has been taken, it is impossible for these other powers now to turn round and to say that the blockading powers are to be deprived of the advantage which they have earned by taking the action in which the other powers acquiesced » ⁴⁵¹. On peut considérer — avec certains auteurs ⁴⁵² — que c'était conférer ici un sens des plus larges à la notion d'*estoppel*, puisque le tribunal s'était borné à constater l'existence d'une acceptation ou d'une reconnaissance du droit préférentiel en question par les Parties concernées.

Dans l'*affaire de l'indemnité russe*, qui avait trait aux dommages-intérêts réclamés par la Russie à la Turquie pour le retard apporté dans le paiement des indemnités dues — en exécution d'un traité conclu entre ces deux Etats en 1879 — aux particuliers russes lésés pendant la guerre russo-turque de 1878-1879, la Turquie avait soulevé une exception en faisant valoir qu'il avait été entendu « tacitement et même expressément, pendant tout le cours des onze ou douze dernières années de correspondances diplomatiques, que la Russie ne réclamait pas d'intérêts ni de dommages-intérêts d'aucune sorte qui auraient été à la charge de l'Empire Ottoman » et que « le Gouvernement Impérial de la Russie, une fois le capital intégralement mis à sa disposition, ne pouvait pas valablement revenir d'une façon unilatérale sur l'entente convenue de sa part » ⁴⁵³. Le tribunal a retenu cette exception en déclarant que l'on pouvait appliquer par analogie dans un tel cas la règle de droit privé commun selon laquelle « les effets de la demeure sont supprimés lorsque le créancier, après avoir constitué le débiteur en demeure, accorde un ou plusieurs délais pour satisfaire à l'obligation principale sans réserver les droits acquis par la demeure » ⁴⁵⁴, car il y avait eu selon lui « renonciation aux intérêts de la part de la Russie, puisque son ambassade a successivement accepté sans discussion ni réserve et reproduit à maintes reprises dans sa propre correspondance diplomatique les chiffres du reliquat de l'indemnité comme identiques aux chiffres du reliquat en capital » ⁴⁵⁵ et la Russie ne pouvait donc « une fois le capital de l'indemnité intégralement versé ou mis à sa disposition, revenir valablement d'une façon unilatérale sur une interprétation acceptée et pratiquée

451. Cf. *Proceedings of the Tribunal under the Protocols between Venezuela and Great Britain, Germany, Italy, et al., signed at Washington, May 7, 1903* (Washington : Sen. Doc. N° 119, 58th Cong. 3d Sess., 1905), *Reply of Sir Robert Finlay*, pp. 1329-1330. Voir également *ibid.*, *Opening Argument of Sir Robert Finlay*, p. 1219.

452. Mosconi, *Estoppel*, p. 400, et Dominicé, *Estoppel*, p. 347.

453. *Hague Court Reports*, 1^{re} série, p. 341.

454. *Ibid.*, p. 343.

455. *Ibid.*

en son nom par son ambassade »⁴⁵⁶. Lauterpacht s'était demandé si l'on ne pouvait pas considérer que le tribunal avait appliqué ici la théorie de l'*estoppel* entendue dans son sens le plus général, faisant observer :

« Can it be said that the opinion of the Court in this decisive part of the judgment amounts to an acceptance of the doctrine of estoppel? Has Turkey been induced, by a wilful misstatement on the part of Russia, to act to her own prejudice? It may be argued that Turkey would not have paid the rest of the indemnity but for the belief that she is thereby relieved from further demands; she might otherwise have made the claim a subject of separate diplomatic negotiations. If she had been misled, and if she had acted to her prejudice upon the strength of an expressed or implied waiver on the part of the Russian Embassy, then, clearly, the case is one of estoppel in its general formulation, although some of its technical requirements may be lacking »⁴⁵⁷,

et certains auteurs ont mis par la suite cette décision au nombre de celles qui ont appliqué l'*estoppel*⁴⁵⁸. Une telle vue des choses est difficile à saisir, puisque le tribunal avait clairement spécifié qu'il il y avait eu déchéance d'un droit par l'effet du non-respect d'une règle juridique précise relative à la mise en demeure du débiteur⁴⁵⁹.

Lauterpacht avait également accordé une certaine importance, s'agissant de l'*estoppel* largement entendu, à la sentence arbitrale rendue par le Sénat de Hambourg dans l'*affaire Croft*, et quelques auteurs se sont ralliés ensuite à ce point de vue⁴⁶⁰. Le litige portait sur un prétendu déni de justice dont aurait été victime un ressortissant britannique, M. Croft, à qui les autorités administratives portugaises avaient refusé de délivrer un certain acte nonobstant les droits qui lui avaient été reconnus par des décisions judiciaires⁴⁶¹. Assurant la protection de Croft, la Grande-Bretagne avait fait notamment valoir que le Gouvernement portugais, qui avait à son avis formellement admis l'existence dudit déni de justice dans une requête qu'il avait remise en 1851 au Conseil d'Etat portugais et dans un décret de 1852, dans lequel il avait ordonné aux autorités administratives concernées d'accorder à Croft ce qu'elles lui avaient refusé jusque-là, ne pouvait pas contester maintenant le bien-fondé de la

456. *Ibid.*, p. 344.

457. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 260, note 2.

458. Notamment Bowett, *Estoppel*, pp. 189, 192, MacGibbon, *Estoppel*, p. 486, Waelbroeck, *op. cit.*, p. 51, note 66.

459. Voir les remarques présentées à ce propos *infra*, p. 211. Il y a lieu de signaler que D. Anzilotti a critiqué cette sentence dans « Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi por oggetto una somma di danaro », *Rivista di Diritto internazionale* 1913, p. 54, en considérant que la règle en question était inapplicable aux rapports internationaux.

460. MacGibbon, *Estoppel*, p. 486, Vallée, *Estoppel*, p. 964, note 54.

461. Pour un résumé détaillé des faits de cette affaire, voir A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux* (Paris : Pedone, 3 vol., 1905, 1923 et 1954, ci-après mentionné : « Lapradelle - Politis, *Recueil des arbitrages internationaux* »), tome II, p. 1 et ss.

réclamation britannique. Le Sénat de Hambourg a rejeté cet argument en affirmant que l'on ne pouvait déduire des actes invoqués, de nature purement interne, une déclaration liant le Portugal sur le plan international, mais il a tenu à préciser que si le Gouvernement portugais avait donné au Gouvernement britannique, suivant les formes usitées dans les rapports internationaux, la promesse que Croft obtiendrait satisfaction, il se serait établi un rapport de gouvernement à gouvernement et un droit parfaitement valable eût alors indéniablement pris naissance⁴⁶². De l'avis de Lauterpacht, le tribunal s'était déclaré prêt de la sorte à admettre en principe le *plea of admission (or estoppel)* britannique, se fût-il agi d'une relation de gouvernement à gouvernement⁴⁶³. C'était certes conférer un sens des plus larges à la notion d'*estoppel*, puisque l'*admission* s'entend dans la *common law* de « la reconnaissance d'un point de fait par une partie, pouvant être invoquée contre elle comme preuve »⁴⁶⁴. Lauterpacht s'en était d'ailleurs rendu compte et avait précisé :

« It will be noted that the terms 'admission' and 'estoppel' are here used without sufficient regard being paid to the fact that they are not identical, and that it is only in certain cases that admission creates estoppel ... This method has been adopted to use, so far as possible, a terminology familiar also to the non-English reader. »⁴⁶⁵

Ces remarques ont conduit par la suite divers commentateurs à souligner le danger qu'il y aurait à confondre, en droit international, les notions d'*admission* et d'*estoppel*⁴⁶⁶, et l'on verra qu'il convient effectivement de distinguer très nettement ces deux notions aux fins de la théorie stricte de l'*estoppel*⁴⁶⁷. On peut noter par ailleurs, avec un auteur⁴⁶⁸, que si l'hypothèse envisagée par la sentence (relation de gouvernement à gouvernement) avait été réalisée, la notion d'*estoppel* n'aurait de toute manière servi qu'à décrire les effets d'un acte juridique (un accord) opérant par lui-même.

Comme on le constatera, Lauterpacht s'est prononcé clairement par la suite, à diverses occasions, en faveur de la conception extensive de l'*estoppel*⁴⁶⁹.

— Une certaine indétermination théorique sur la construction juridique exacte de l'*estoppel* en droit des gens ressortait également de différentes études de J.-C. Witenberg, publiées entre 1932 et 1937⁴⁷⁰.

462. Lapradelle - Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, tome II, p. 26.

463. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 268.

464. Aglion, *op. cit.*, p. 34 (sous *Admission*).

465. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 268, note 2.

466. Notamment William V. Hoholhan, « Legal Aspects of the Inter-Allied Debt », *Boston University Law Review* 1934, p. 78, Friede, *Estoppel*, p. 523, Cheng, *op. cit.*, pp. 147-148, Bowett, *Estoppel*, pp. 186, 195-197.

467. *Infra*, par. 73, pp. 194-204.

468. Dominicé, *Estoppel*, p. 347.

469. *Infra*, p. 186.

470. Il s'agit — en plus des études de Witenberg déjà mentionnées *supra*, note 11, p. 67, note 15, p. 67 — de « Vers l'arbitrage ? Un aspect juridique du problème des créances américaines », *Journal du droit international* 1932 (ci-après mentionné « Witenberg, *Problème des créances américaines* »), pp. 1214-1217, et de « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.* 1936, vol. II (ci-après mentionné « Witenberg, *Théorie des preuves* »), pp. 27-28.

Tout en donnant lui aussi une définition classique de l'*estoppel* by representation anglais et en insistant sur le rôle que cette règle est appelée à jouer en matière probatoire, il jugeait possible d'affirmer par ailleurs — se référant à certaines affaires arbitrales et tenant compte, en particulier, de l'argumentation de l'Etat serbe-croate-slovène dans l'*affaire des emprunts serbes* ⁴⁷¹ — que le principe n'était pas exclusif au droit anglo-américain et se trouvait consacré dans d'autres systèmes juridiques, parce qu'il visait essentiellement « l'indispensable nécessité de la confiance dans les rapports juridiques » ⁴⁷².

471. Cf. *supra*, pp. 148-149.

472. Witenberg, *Théorie des preuves*, p. 28. Voir également Witenberg, *Estoppel*, pp. 531-532, et *Organisation judiciaire*, p. 229, par. 187. Il est intéressant de relever que l'idée qu'il avait émise dans l'un de ses articles (*Problème des créances américaines*), selon laquelle on pourrait opposer au Gouvernement américain le « principe juridique anglo-saxon dit d'«estoppel» dans l'affaire des dettes interalliées à la suite de la première guerre mondiale, avait trouvé quelque écho à la Chambre des députés et au Sénat français. Il avait fait valoir en effet, en substance, que a) le Président des Etats-Unis, Hoover, avait proposé en juin 1931 — à un moment où la crise économique battait son plein et en raison des difficultés financières et monétaires particulièrement graves de l'Allemagne — d'ajourner pendant un an tous les paiements des dettes intergouvernementales, des dettes de réparation et des dettes contractées en vertu d'emprunts de secours d'après-guerre, liant ainsi la question des dettes de guerre et des dettes de réparation, b) les Etats européens créanciers de l'Allemagne et débiteurs des Etats-Unis, dont la France, avaient accepté ce moratoire bien qu'il en résultât pour eux une perte de recettes effective, c) tenant compte de ce moratoire, un certain nombre de Puissances européennes étaient parvenues à un règlement complet et définitif des réparations et dettes de guerre lors d'une conférence réunie à Lausanne en 1932 — la France ayant consenti pour sa part à une très forte réduction de sa créance vis-à-vis de l'Allemagne, et d) les Etats-Unis devaient en conséquence être déclarés *estopped* d'exiger maintenant l'intégralité de leurs revendications antérieures, car c'était sur la base du moratoire Hoover que les Etats européens créanciers de l'Allemagne avaient modifié leur attitude fondée sur l'imprescriptibilité de leur droit aux réparations et le retour des Etats-Unis à leurs prétentions originales leur serait éminemment dommageable. Des personnalités avaient estimé utile de reprendre cet argument à leur compte lors des débats du Sénat et de la Chambre des députés français sur le problème de la dette interalliée, mais en émettant à vrai dire des vues quelque peu simplistes. Ainsi M. Henry Bérenger, rapporteur du budget des affaires étrangères, avait cru possible d'affirmer — sans retenir les différents éléments sur lesquels Witenberg avait mis l'accent — que « Les Américains ont eux-mêmes créé une jurisprudence qui s'appelle l'«estoppel», d'après laquelle toutes les fois qu'un créancier agit sur un débiteur pour le priver de son droit, le débiteur, par là même, n'a plus rien à payer au créancier » (cf. *Journal officiel (Sénat. Débats)* 1933, p. 789) et M. Fernand Laurent avait déclaré : « D'accord ... avec M. Henry Bérenger, c'est à la jurisprudence américaine de l'«estoppel» que nous demandons la confirmation juridique de notre thèse. L'Amérique étant intervenue auprès de l'Allemagne, notre débitrice, pour la libérer, nous a, par cela même, libéré vis-à-vis d'elle dans la même mesure » (*ibid.* (*Chambres. Débats*), p. 2662) Il est à signaler que cet argument de Witenberg avait été vivement critiqué par un juriste américain, William V. Holohan, qui, se référant à la théorie stricte de l'*estoppel*, avait notamment observé (*op. cit.*, pp. 79-80) « In support of the proposed estoppel there is cited no representation of fact whatever, upon which it is claimed or can be claimed that the United States has subsequently taken an inconsistent position ... Even if the Hoover proposal had not gone further by way of expressly reaffirming the traditional American attitude regarding the independence of reparation payments and inter-allied debt payments, the latter, being due generally and unconditionally and not payable out of reparations or any other particular funds, would be due in all events at the expiration of the moratorium. But the additional unequivocal language, both in the proposal and in subsequent statements, eliminates the possibility of claim to the existence of any representation, promise, holding out, or any prospect of the revision of the inter-allied debt, no matter what might be done about the reparations by the reparation debtor and creditor powers. »

— Wilhelm Friede avait manifesté la même incertitude dans un article paru en 1935⁴⁷³. Se référant aux études précitées de McNair, Lauterpacht et Witenberg et analysant, tout comme ces auteurs, des affaires qui révélaient mal une conception précise de l'*estoppel*⁴⁷⁴, il ne parvenait guère à déterminer la construction juridique de cette règle sur le plan international. S'il écartait à juste titre certaines de ces affaires, en considérant qu'elles se rapportaient à des principes autres que l'*estoppel* ou que la décision rendue n'avait pas retenu l'*estoppel* invoqué parce qu'il ne répondait pas aux conditions requises, il affirmait néanmoins — après avoir cité pourtant des affaires dans lesquelles l'*estoppel* avait été strictement défini⁴⁷⁵ — qu'il importait peu de s'attacher en droit international aux aspects techniques de l'*estoppel* anglo-américain et que l'on se trouvait en présence d'un principe général de droit d'une portée étendue, inhérent à tout ordre juridique⁴⁷⁶.

B. — *Mouvement en faveur de la conception extensive et réactions négatives.*

67. Remarques introductives. — Si les premières études sur l'*estoppel* en droit des gens révélaient une certaine indétermination théorique⁴⁷⁷, la majorité des auteurs ont paru considérer ensuite pendant plusieurs années que cette règle devait s'entendre sur le plan international dans son sens le plus général et le plus large, sans qu'il

473. Friede, *Estoppel* (article mentionné *supra*, note 16, page 67).

474. Respectivement l'affaire de la dette interalliée (cf. *supra*, note 472, p. 181) l'affaire *Croft* (cf. *supra*, pp. 179-180), l'affaire de l'indemnité russe (cf. *supra*, pp. 178-179), l'affaire des emprunts texans (cf. *supra*, p. 67 in fine), l'affaire de Chorzów (cf. *supra*, pp. 83, 84, 88, note 105, et *infra*, p. 212), l'affaire du fonds pieux des Californies (cf. *supra*, pp. 79-80), l'affaire du droit de préférence réclamé par les Puissances bloquantes au Venezuela (cf. *supra*, pp. 177-178).

475. Respectivement l'affaire *Shufeldt* (cf. *supra*, pp. 152-154), l'affaire des emprunts serbes (cf. *supra*, pp. 147-151), l'affaire de Santa Isabel (cf. *supra*, pp. 145-147) et l'affaire *Tinoco* (cf. *supra*, pp. 142-145).

476. Cf. Friede, *Estoppel*, p. 545 (note omise) : « Durch die vorstehend aufgeführten Belege ist u. E. der induktive Nachweis der Geltung des Estoppel-Prinzips im Völkerrecht erbracht. Hat also ein besonderer Rechtsgedanke des angelsächsischen Rechtskreises Eingang in das Völkerrecht gefunden? Die Tatsache, dass man den Estoppel-Grundsatz zu dem germanischen Rechtsgedanken der Verschweigung, dem Gedanken des venire contra factum proprium, dem Rechtsscheingedanken, den 'pouvoirs apparents' des französischen Rechts hat in Beziehung setzen können, zeigt, dass es sich im Kern um einen den Rechtsordnungen der Kulturstaaten gemeinsamen Rechtsgedanken handelt. Damit aber ist der eigentliche Geltungsgrund des Estoppel-Prinzips im Völkerrecht erkannt: Dieser Rechtsgedanke ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der nach der Rechtsüberzeugung der Kulturstaaten jeder Rechtsordnung immanent ist. »

477. Cf. *supra*, par. 66, pp. 174-182.

y ait lieu de retenir les conditions rigoureuses du concept anglo-américain de *l'estoppel by representation*. En effet, la plupart des publicistes se bornaient généralement à définir *l'estoppel* en insistant sur les exigences de la bonne foi dans les rapports internationaux et sur le danger qu'il y aurait à admettre qu'une Partie modifie son attitude au gré de ses intérêts du moment. Il existait néanmoins deux courants de pensée distincts : pour les uns, *l'estoppel* ainsi compris constituait une règle de procédure au chapitre de l'administration des preuves ; pour les autres, il s'agissait d'une règle de fond — mais on constate que diverses autorités se sont élevées avec force contre cette interprétation extensive de la règle.

68. L'estoppel largement entendu, règle de procédure. — On rencontre une telle conception de *l'estoppel* dans plusieurs ouvrages⁴⁷⁸, et notamment dans des manuels et des dictionnaires de droit international public édités avant que la C.I.J. ne se prononce clairement — dans *l'affaire de la Barcelona Traction* (exceptions préliminaires, 1964)⁴⁷⁹ — en faveur d'une stricte détermination de la règle. Si ces auteurs paraissaient s'inspirer dans une certaine mesure de la théorie anglaise de *l'estoppel* sous sa forme la plus classique en considérant que l'on se trouvait en présence d'une règle procédurale concernant les limites au droit de faire la preuve⁴⁸⁰, ils ne jugeaient cependant pas nécessaire de mentionner dans leur définition les différents éléments mis au point par la *common law* et énonçaient très largement le principe de la non-recevabilité des contradictions. Certains d'entre eux ont modifié leur position par la suite^{480 bis}.

On peut relever en particulier les trois définitions suivantes qui, fort indicatives de ladite tendance, ont été et sont encore citées parfois par des plaideurs, des juges et des auteurs. Il s'agit tout d'abord de celle donnée en 1954 par Paul Guggenheim, dans la première édition de son *Traité de Droit international* :

« ... La preuve porte toujours sur un point de fait, comme dans les procédures internes. Mais tous les faits ne sont pas susceptibles

478. Voir en particulier Charles Rousseau, *Principes généraux du droit international public* (Paris : Pedone, 1944), tome I, p. 512, note 1, J.P.A. François, *Handboek van het Volkenrecht* (2^e éd.) ; Zwolle : W.E. Tjeenk Willink, 2 vol. 1949), tome 1, p. 721, Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public* (1^{re} éd. ; Genève, Librairie de l'Université, Georg, 1953-1954, 2 vol., ci-après mentionné « Guggenheim, *Traité* (1^{re} éd.) », tome II, pp. 158-159, Paul Reuter, *Droit international public* (Paris : P.U.F., 1958), p. 303, E. Jiménez de Aréchaga, *Curso de Derecho Internacional Publico* (Montevideo : Centro estudiantes de derecho, 1959-1961, 2 vol.), tome I, p. 79, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, op. cit., p. 263, Suzanne Bastid, « L'arbitrage international », in *Juris-classeur de droit international public* (publié sous la direction de B. Goldman ; Paris : Edition Techniques S.A., 1960 - 1966, 6 vol.), vol. II, Fascicule 248 (« La procédure arbitrale », p. 8, N° 23, Mabrouk, op. cit., pp. 107-109.

479. Cf. *supra*, pp. 162-164.

480. Voir les observations présentées à ce sujet, *supra*, par. 4, p. 14, et par. 7, pp. 16-17.

480 bis. Notamment Charles Rousseau dans le tome I de son *Droit international public* (Paris : Sirey, 1971, ci-après mentionné : « Rousseau, *Droit international public* (1971) », par. 309, ch. 4, pp. 387 *in fine* - 388.

d'être prouvés. C'est ainsi que la procédure internationale n'admet pas l'administration de la preuve pour les faits qui découlent de l'attitude d'une des parties et d'où la partie adverse a tiré le droit de prendre des mesures ayant une signification juridique ; c'est ce qu'on appelle en droit anglo-saxon le principe de l'"estoppel", qui s'exprime dans l'adage 'Non concedit venire contra factum proprium'. L'estoppel est donc une exception d'irrecevabilité opposable à toute allégation qui, bien que peut-être conforme à la réalité des faits, n'en est pas moins inadmissible parce que contraire à une attitude antérieurement adoptée par la partie qui l'avance. »⁴⁸¹

Le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publié en 1960 sous la direction de Jules Basdevant, précisait pour sa part :

« Terme de procédure emprunté à la langue anglaise qui désigne l'objection péremptoire qui s'oppose à ce qu'une partie à un procès prenne une position qui contredit soit ce qu'elle a antérieurement admis expressément ou tacitement, soit ce qu'elle prétend soutenir dans la même instance. »⁴⁸²

Suzanne Bastid soulignait quant à elle en 1961, dans le *Jurisclasseur de droit international* :

« ... La pratique de l'arbitrage admet ... la théorie de l'estoppel connue par le droit anglo-saxon. L'estoppel s'oppose à ce qu'une partie qui, volontairement et à dessein, a déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits puisse administrer ensuite la preuve que les faits ont une matérialité différente. Elle sera irrecevable à les rétablir. Ainsi l'attitude adoptée par une partie peut lui fermer le droit à la preuve. La non-pertinence résulte de l'accord tacite fondé sur la nécessité de la confiance réciproque des Etats »⁴⁸³.

69. L'estoppel largement entendu, règle de fond. — C'est principalement à la suite des arrêts de la C.I.J. dans l'*affaire Nottebohm* (1955), dans l'*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* (1960) et dans l'*affaire du temple de Préah Vihear* (1962) — dans lesquels la Cour s'était pourtant bornée à constater, sans

481. Guggenheim, *loc. cit.* (notes omises). Cet auteur a présenté des vues assez semblables dans la deuxième édition de son *Traité* (1967), disant notamment à la page 245 (notes omises) : « Le principe de la forclusion est en droit international l'équivalent le plus proche de ce que le 'common law' connaît sous le nom d' 'estoppel'. Les deux règles ont le même domaine d'application, celui de l'administration des preuves, de la procédure » ; cette définition a été reprise récemment par Nguyen Quoc Dinh dans son *Droit international public* (Paris : L.G.D.J., 1975), p. 698, par. 580.

482. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, *loc. cit.* Il est à signaler que ce *Dictionnaire* fait preuve d'une certaine indétermination puisque, ayant donné cette définition de l'estoppel, il renvoie le lecteur au terme de forclusion, qu'il définit comme suit, p. 291 : « Déchéance qui met obstacle à ce qu'un droit puisse être invoqué parce qu'il ne l'a pas été en temps voulu, ou parce que son titulaire y a renoncé expressément ou tacitement. Adjectif correspondant : forclos. »

483. Suzanne Bastid, *loc. cit.* Cette définition est donnée dans le cadre d'une étude du système des preuves en procédure internationale, s'agissant des « limites au droit de faire la preuve ».

parler d'*estoppel*, qu'une forclusion peut découler pour un Etat de ses actes ou comportements s'il est prouvé que ceux-ci impliquent clairement une reconnaissance ou un acquiescement⁴⁸⁴ — que plusieurs internationalistes ont cru pouvoir affirmer que l'*estoppel* ne s'appliquait pas en droit international dans des conditions aussi restrictives qu'en droit interne et se présentait comme une règle de fond, et non pas simplement comme une règle concernant l'administration des preuves. La plupart de ces auteurs ont considéré, à l'aide d'une analyse souvent superficielle de droit comparé, que cet *estoppel* non technique trouvait son fondement dans le principe de la bonne foi et s'était introduit dans le droit des gens en tant que principe général de droit reconnu par l'ensemble des nations⁴⁸⁵. On rencontre une telle conception dans une quantité d'ouvrages et d'articles, et notamment dans des études concernant le droit des traités, le droit international coutumier, les actes juridiques unilatéraux, la validité et la nullité des actes juridiques, le droit des étrangers et la protection diplomatique, le territoire étatique, la succession d'Etats, la responsabilité internationale⁴⁸⁶.

On peut mentionner, à titre d'exemples, les affirmations avancées par certains des partisans de cette conception extensive de l'*estoppel*. Ainsi Georg Schwarzenberger, dont l'œuvre fourmille de références à l'*estoppel* largement entendu⁴⁸⁷, avait estimé possible d'en donner la définition suivante :

« ... doctrine according to which a subject of international law is precluded from denying the truth of a statement made earlier by a duly authorized representative of the existence of a fact in which such representative has by word or conduct led others to believe »⁴⁸⁸,

et d'affirmer, entre autres, que « the typical minimum effect of unilateral acts is to create an estoppel. It prevents the subjects of international law, to which the unilateral act is imputable, from acting contrary to its declared intent »⁴⁸⁹ et que « the legal effect of every act of recognition is to create an estoppel »⁴⁹⁰. De même, I.C.

484. Cf. *supra*, pp. 110-111 (affaire *Nottebohm*), pp. 118-119 (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne) et pp. 125-127 (affaire du temple de Préah Vihear).

485. Ce point est examiné de façon plus détaillée *infra*, par. 80-81, pp. 210-240.

486. Il ne paraît pas nécessaire de donner ici une liste de l'ensemble de ces études. Plusieurs d'entre elles sont mentionnées *infra*, notes 487 à 502.

487. Voir notamment Georg Schwarzenberger, « The Fundamental Principles of International Law » (ci-après mentionné : « Schwarzenberger, *The Fundamental Principles* », R.C.A.D.I. 1955, vol. I, pp. 255-261, 323, « Title to Territory : Response to a Challenge », A.J.I.L. 1957, p. 317, *A Manual of International Law* (5^e éd.; Londres : Stevens & Sons Ltd., 1967, vol., ci-après mentionné « Schwarzenberger, *A Manual of International Law* »), *passim* (voir l'index), *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Londres : Stevens & Sons Ltd., vol. I, 3^e éd., 1957, vol. II, 1968, vol. 3, 1976, ci-après mentionné « Schwarzenberger, *International Law* »), *passim* (voir les index).

488. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, vol. III, p. 631.

489. Schwarzenberger, *International Law* (3^e éd.), vol. I, p. 553.

490. Schwarzenberger, *The Fundamental Principles*, p. 253.

MacGibbon avait considéré qu'un examen de la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats et de la jurisprudence internationale permettait de soutenir que :

« Underlying most formulations of the doctrine of estoppel in international law is the requirement that a State ought to be consistent in its attitude to a given factual or legal situation. Such a demand may be rooted in the continuing need for at least a modicum of stability and for some measure of predictability in the pattern of State conduct. It may be, and often is, grounded on considerations of good faith. In either event, it is scarcely to be doubted that failure by a State to profess and practise some standard of consistency in its international relations would be viewed unfavourably both by other States and by any international tribunal called upon to adjudicate in a dispute in which such conduct was in issue. » ⁴⁹¹

et de conclure :

« What appears to be the common denominator of the various aspects of estoppel which have been discussed, is the requirement that a State ought to maintain towards a given factual or legal situation an attitude consistent with that which it was known to have adopted with regard to the same circumstances on previous occasions. At its simplest, estoppel in international law reflects the possible variations, in circumstances and effects, of the underlying principle of consistency which may be summed up in the maxim *allegans contraria non audiendus est*. Linked as it is with the device of recognition, it is potentially applicable throughout the whole field of international law in a limitless variety of contexts, not primarily as a procedural rule but as a substantive principle of law. » ⁴⁹²

Sir Hersch Lauterpacht, qui — comme on l'a vu ⁴⁹³ — avait marqué précédemment quelque hésitation au sujet de la construction juridique exacte de l'*estoppel* en droit international, semblait s'être rallié à une conception des plus larges, affirmant :

« A state is estopped from relying on its own non-fulfilment of an international obligation. This impatience of evasion and the insistence on holding States to the attitude previously adopted by them show themselves in the way in which the Court [la Cour de la Haye] on a number of occasions was prepared to recognise the operation of the principle of estoppel — which, although it referred to it as a principle known in 'Anglo-Saxon law', it considered apparently to be a general principle of law. » ⁴⁹⁴

491. MacGibbon, *Estoppel*, pp. 468-469.

492. *Ibid.*, p. 512.

493. *Supra*, pp. 175-180.

494. Lauterpacht, *The Development of International Law*, p. 169.

Une telle vue des choses ressortait aussi, notamment, d'études de Enrique Pecourt Garcia ⁴⁹⁵, Wolfgang Friedmann ⁴⁹⁶, C. Wilfred Jenks ⁴⁹⁷, Wilhelm Wengler ⁴⁹⁸, M.B. Akehurst ⁴⁹⁹, Vladimir Paul ⁵⁰⁰, Zdenek J. Slouka ⁵⁰¹, Yousef Issa Youakim ⁵⁰².

70. Réactions négatives. — Cette détermination très large de l'*estoppel*, qui paraissait s'imposer à un certain moment, a entraîné de vastes débats doctrinaux. Ce fut notamment le cas lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, s'agissant d'un projet d'article intitulé « Perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application » ⁵⁰³. Sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations Unies, avait en effet proposé d'intituler cet article « Perte du droit de tenir pour non avenu ou de dénoncer un traité comme suite à une renonciation ou forclusion » ⁵⁰⁴ et avait fait observer dans son commentaire, se référant à l'*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* (1960) ⁵⁰⁵ et à l'*affaire du temple de Préah Vihear* (1962) ⁵⁰⁶ :

« ... Le principe de la *forclusion* (*estoppel*) est un principe général de droit dont la validité en droit international est généralement admise et a été expressément reconnue par la Cour internationale de Justice elle-même dans deux affaires récentes. Ce principe interdit à

495. Voir en particulier Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 135-139, et *Preah Vihear*, pp. 164-166.

496. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law* (Londres : Stevens & Sons Ltd., 1964) p. 198.

497. Jenks, *International Adjudication*, pp. 415-416.

498. Wilhelm Wengler, *Völkerrecht* (Berlin — Göttingen — Heidelberg : Springer, 1964, 2 vol.), tome I, pp. 227, 539, 573-576, 619, 705-709, 777, et tome II, p. 1310.

499. Akehurst, *op. cit.*, notamment pp. 285-287.

500. Paul, *Estoppel*, notamment pp. 184-185.

501. Zdenek J. Slouka, *International Custom and the Continental Shelf* (La Haye : Nijhoff, 1968), notamment pp. 129-131, 145-148, 169-171.

502. Youakim, *Estoppel*, notamment pp. 11-12, 74, 121-122, 144, 160, 197-198, 259-261.

503. Article 42 du *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session*, reproduit dans *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels*, (Nations Unies, New York, 1971), pp. 61-64. Ce projet d'article est devenu l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (cf. *ibid.*, p. 317).

504. Cf. Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, *Deuxième rapport sur le droit des traités*, par sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial (Doc. A/CN.4/156, et Add. 1-3), p. 40. Ce projet d'article portait : « Le droit de tenir pour non avenu ou de dénoncer un traité, qui découle de la section II ou de la section III, ne peut être exercé si, après avoir eu connaissance du fait qui a donné naissance audit droit, l'Etat intéressé : a) A renoncé à ce droit ; b) A accepté des avantages découlant du traité ou a pour suivi l'exécution d'obligations nées du traité ; ou c) S'est trouvé de toute autre manière, par ses actes ou abstentions, forcé à faire valoir, à l'égard d'une autre partie ou d'autres parties, que le traité est dénué de validité substantielle ou, le cas échéant, qu'il n'est plus en vigueur. »

505. Cf. *supra*, p. 111 et ss.

506. Cf. *supra*, p. 121 et ss.

une partie de soutenir une position juridique qui est contradiction avec ses prétentions antérieures ou son comportement passé, lorsqu'une autre partie a été amenée à assumer des obligations à l'égard de la première partie, ou à lui reconnaître des droits, du fait de ces prétentions ou de ce comportement. Si, dans certains systèmes juridiques, notamment dans ceux de *Common law*, l'application de ce principe peut, jusqu'à un certain point, être régie par des dispositions techniques, le principe repose essentiellement sur les notions de bonne foi et d'équité, qui s'opposent à ce qu'une partie puisse tirer avantage de ses propres inconséquences (*allegans contraria non audiendus est*).

...La *forclusion* (*estoppel*) est un principe d'application générale, qui ne se limite pas au droit des traités ... Il revêt cependant une importance particulière dans cette branche du droit international. ... Le principe de la *forclusion* ne permettra peut-être pas d'empêcher complètement qu'un Etat prétende arbitrairement tenir pour non avenu ou dénoncer un traité, mais il restreint sensiblement les cas dans lesquels de telles revendications peuvent être présentées avec quelque apparence de légitimité. Tel a été précisé l'effet de ce principe dans l'affaire du *Temple* et dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*. C'est pourquoi, tout en reconnaissant le caractère général du principe, nous proposons que son application aux domaines de la validité et de l'extinction des traités soit expressément reconnue dans la présente partie... »⁵⁰⁷.

Si certains membres de la Commission ont approuvé ce commentaire, d'autres, suivis à la Conférence diplomatique sur le droit des traités par des délégués gouvernementaux, n'ont pu admettre cette référence à l'*estoppel*. Ils ont fait notamment valoir que les cas prévus par ce projet d'article ne relevaient pas à proprement parler de l'*estoppel*⁵⁰⁸, que le concept de l'*estoppel* n'était pas suffisamment précis et que sa portée n'était pas encore bien définie sur le plan international⁵⁰⁹, que les termes de *forclusion* et d'*estoppel* n'étaient pas équivalents⁵¹⁰, ou encore, de façon plus générale, qu'il serait erroné de se référer au régime juridique correspondant à l'ordre interne de certains pays déterminés⁵¹¹ et de transposer dans l'ordre international une notion qui revêt des aspects procéduraux

507. *Deuxième rapport sur le droit des traités, par sir Humphrey Waldock, op. cit.*, pp. 41-42.

508. Cf. in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, les avis donnés par MM. Rosenne (p. 201, par. 48), Elias (p. 202, par. 56 et 60) et Bartos (p. 203, par. 67, 71 et 72).

509. Cf. Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 1^{re} session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Documents officiels. Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, p. 430, par. 31 (intervention de M. Garcia-Ortiz, Equateur), et p. 431, par. 45 (intervention de M. Alvarez Tabio, Cuba).

510. *Ibid.*, p. 428, par. 14 (intervention de M. de Castro, Espagne).

511. Cf. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. I, p. 199, par. 16 (avis de M. de Luna) et p. 200, par. 24 (avis de M. Tsumoka).

compliqués dans le système anglo-américain⁵¹². Dans sa version définitive, cet article ne parle plus de forclusion et d'*estoppel*⁵¹³.

De nombreux auteurs se sont également élevés contre une conception aussi large de l'*estoppel*. On peut dire — sans entrer ici dans le détail de leur argumentation ni mentionner les différentes affaires arbitrales et judiciaires auxquelles ils se sont référés pour illustrer leur pensée⁵¹⁴ — qu'ils ont souligné de façon générale, au nom de la nécessaire économie des notions en droit international, l'inutilité de parler d'*estoppel* pour définir l'effet de règles concrètes et bien établies du droit des gens⁵¹⁵. Ils ont notamment considéré, se référant à la théorie de l'acte juridique en droit international, que le problème général de la naissance, de la modification ou de l'extinction de droits et d'obligations par accord exprès ou tacite, acquiescement, promesse, reconnaissance, renonciation, est régi par des normes juridiques précises qui déterminent, pour chacun de ces actes, quels sont ses éléments constitutifs et les effets qu'il déploie et qui vident de sens un recours à la notion d'*estoppel*, l'utilisation de ce terme n'étant en effet qu'une manière de décrire la force obligatoire de ces actes et la forclusion qui en découle. Ils ont également estimé que l'appel à l'*estoppel* perd toute signification lorsqu'il y a déchéance d'un droit ou irrecevabilité d'une prétention par le fait qu'une Partie n'a pas sauvegardé ce droit ou la possibilité d'émettre sa prétention conformément aux prescriptions d'une règle donnée, la forclusion résultant en principe dans un tel cas de défaut d'action appropriée en temps voulu⁵¹⁶. De même, ils ont considéré qu'il n'y a pas application de

512. *Ibid.*, pp. 202-203, par. 64 (avis de M. Tounkin).

513. L'article 45 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, intitulé *Perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application*, stipule : « Un Etat ne peut plus invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application en vertu des articles 46 à 50 [relatifs à la nullité des traités] ou des articles 60 et 62 [relatifs, respectivement, à l'extinction d'un traité ou à la suspension de son application comme conséquence de sa violation, et au changement fondamental des circonstances] si, après avoir eu connaissance des faits, cet Etat : a) a explicitement accepté de considérer que, selon le cas, le traité est valide, reste en vigueur ou continue d'être applicable ; ou b) doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé, selon le cas, à la validité du traité ou à son maintien en vigueur ou en application ».

514. On aura l'occasion de s'inspirer de leurs thèses à diverses reprises par la suite, et notamment *infra*, pp. 194-212, et dans les différents chapitres de la 3^e Partie.

515. Cf. notamment Mosconi, *Estoppel*, pp. 407-415, par. 7-10, Venturini, *op. cit.*, pp. 369-374, 391-392, Dominici, *Estoppel*, pp. 362-364, Lang, *op. cit.*, pp. 52-55, par. 17-19, Vallée, *Estoppel*, pp. 973-989, Verhoeven, *op. cit.*, pp. 805-806.

516. Dominici, *Estoppel*, p. 363, fait remarquer à juste titre à ce sujet : « Observons qu'ici nous nous trouvons en présence de situations à l'égard desquelles le droit interne contient des règles très précises, notamment quant aux formes et aux délais. La déchéance se produit dès que ceux-ci n'ont pas été respectés. En droit international, les règles n'offrent pas le même degré d'élaboration technique, d'où certaines incertitudes. Ainsi, il n'est pas douteux que l'Etat qui conteste la validité d'une sentence ou d'un traité doit le manifester, au moins par la voie diplomatique, dans un délai raisonnable dès la notification de la sentence ou la conclusion du traité, en tout cas dès le jour où la cause de nullité est parvenue à sa connaissance. Cela ne doit pas dissimuler le fait que la forclusion résulte au premier chef du défaut d'action appropriée en temps

l'estoppel lorsque la déchéance est en rapport étroit avec un acte illicite, dont elle est une conséquence⁵¹⁷. Plusieurs commentateurs ont signalé qu'il ne faut pas confondre les cas où les déclarations, actes ou comportements d'un sujet du droit international n'ont d'autre effet que de fournir des éléments de preuve — parfois importants, voire déterminants — d'un état de droit ou de fait contesté avec ceux où ils forment l'un des éléments constitutifs de l'estoppel strictement défini⁵¹⁸.

C. — Vers une interprétation stricte de la règle.

71. Observations générales. — Alors qu'une détermination très large de l'estoppel paraissait prédominer la pensée juridique internationale⁵¹⁹, quelques publicistes, et en premier lieu des juristes britanniques, s'étaient élevés contre cette thèse extensive et avaient fait valoir, se rapportant à la théorie de l'estoppel by representation de la common law et à la pratique internationale, que cette règle devait être construite en droit des gens aussi rigoureusement qu'en droit interne. Bin Cheng avait fait observer en 1953, se référant à l'affaire *Shufeldt* (1930)⁵²⁰ :

« This case is a clear application in the international sphere of the principle known in Anglo-Saxon jurisprudence as estoppel in pais or equitable estoppel, the application of which was also considered in the *Serbian Loans Case* (1929) and in the *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada (Tinoco) Case* (1923). It appears, from the discussion of this principle in the last two mentioned cases, that it precludes person A from averring a particular state of things against person B if A had previously, by words or conduct, unambiguously represented to B the existence of a different state of things,

utile ; de la sorte l'estoppel, si l'on emploie cette expression, est l'effet voulu par la règle qui fixe le principe de cette action ». Et voir les observations présentées à ce propos *infra*, p. 212 (par. 76).

517. Si certains auteurs (notamment MacGibbon, *Estoppel*, pp. 480-481, Lauterpacht, *The Development of International Law*, pp. 168-169, Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 101, note 14, et pp. 119 in fine - 120, Répertoire Guggenheim, vol. 2, p. 984, Youakim, *Estoppel*, pp. 61, 281, 288, Ch. De Visscher, *De l'équité*, p. 50), se référant en particulier à un passage de l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire de *Chorzów* (cf. *supra*, note 78, p. 83, note 105, p. 88, note 170, p. 104), ont cru pouvoir soutenir que la règle selon laquelle une Partie ne saurait pouvoir tirer profit de son propre tort — et qu'expriment les maximes juridiques romaines *Nullus commodum capere de sua injuria propria*, *Ex injuria jus non oritur* et *Ex delicto non oritur actio* — constitue une application implicite de l'estoppel, d'autres auteurs (notamment Friede, *Estoppel*, p. 525, Bowett, *Estoppel*, p. 194, Louis, *Estoppel*, p. 225, et Dominicé, *Estoppel*, pp. 361-362) ont affirmé en revanche que le droit international applique d'autres règles en la matière, et l'on relèvera le bien-fondé de cette remarque *infra*, p. 212 (par. 76).

518. Voir en particulier Cheng *op. cit.*, pp. 147-149, sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice », *B.Y.B.I.L.* 1953, pp. 44-47, Bowett, *Estoppel*, p. 194, Louis, *Estoppel*, p. 231, Dominicé, *Estoppel*, pp. 337-339, 344, 348, 364, note 81. Verhoeven, *op. cit.*, p. 824. Et voir les indications données à ce sujet *infra*, pp. 194-204 (par. 73).

519. Cf. *supra*, par. 67-69, pp. 182-187.

520. Cette affaire est présentée *supra*, p. 152 et ss.

and if, on the faith of that representation, B had so altered his position that the establishment of the truth would injure him.» ⁵²¹,
et D.W. Bowett était parvenu à des conclusions similaires en 1957, soulignant notamment :

« ... The rule of estoppel operates so as to preclude a party from denying the truth of a statement of fact made previously by that party to another whereby that other has acted to his detriment or the party making the statement has secured some benefit : as such the rule has been accepted by international tribunals.

... The essentials of estoppel are :

- a) The statement of fact must be clear and unambiguous.
- b) The statement of fact must be made voluntarily, unconditionally, and must be authorized.
- c) There must be reliance in good faith upon the statement either to the detriment of the party so relying on the statement or to the advantage of the party making the statement.

... Representations or admissions lacking the essentials of an estoppel have a certain probative value, depending upon the circumstances, but do not bind a party conclusively : moreover, as distinct from true estoppel, their effect is not confined to parties and their privies.» ⁵²²

D'autres auteurs — en particulier Alexander G. Roche (1959) ⁵²³, Michel Waelbroeck (1961) ⁵²⁴, Eric Suy (1962) ⁵²⁵ et Robert Y. Jennings (1963) ⁵²⁶ — s'étaient également exprimés dans ce sens. Mais cette conception restrictive de l'estoppel n'avait alors trouvé que peu d'écho, et ce n'est qu'à la suite des arrêts de la C.I.J. dans l'affaire de la *Barcelona Traction* (exceptions préliminaires, 1964) ⁵²⁷ et dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord (1969) ⁵²⁸ que la majorité des publicistes s'y sont clairement ralliés ⁵²⁹. On aura

521. Cheng, *op. cit.*, pp. 143-144 (note omise, dans laquelle il mentionne notamment la définition de l'estoppel by representation anglais donnée par Lord Denman dans l'affaire *Pickard v. Sears*, que l'on a reproduite dans la première Partie, *supra*, note 43, p. 16). L'affaire des emprunts serbes et l'affaire *Tinoco*, auxquelles il se réfère, sont examinées *supra*, respectivement p. 147 et ss., et p. 142 et ss.

522. Bowett, *Estoppel*, pp. 201-202.

523. Roche, *op. cit.*, p. 139.

524. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 51.

525. Suy, *op. cit.*, p. 64, note 53.

526. Jennings, *op. cit.*, pp. 41-42. Cet auteur notait cependant, p. 42 : « Now it is, of course, true that the precise limits of estoppel in international law are and must remain a question of some doubt until at least there has developed a much more considerable jurisprudence on the subject ».

527. Cf. *supra*, pp. 162-164.

528. Cf. *supra*, pp. 167-170.

529. Notamment Charpentier, *Barcelona Traction*, pp. 330, 337-339, Blum, *op. cit.*, pp. 96-98, Louis, *Estoppel*, pp. 232-234, Dominicé, *Estoppel*, pp. 362-365, Monconduit, *op. cit.*, pp. 227-228, Lang, *op. cit.*, pp. 55-58, par. 20-22, Marek, *op. cit.*, p. 65, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, p. 388, Müller, *op. cit.*, pp. 6-7, Paul De Visscher, *op. cit.*, p. 83, Jacqué, *op. cit.*, p. 218, note 79, Fritz Münch, « Quelques problèmes de la reconnaissance en droit international », *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch* (Bruxelles : Etablissements Emile Bruylant/Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972), p. 164, Verhoeven, *op. cit.*, pp. 803-807, par. 342.

l'occasion de mentionner à diverses reprises par la suite les vues de ces auteurs, et notamment celles avancées par Christian Dominicé et par Jack Lang dans d'importantes études ⁵³⁰. On constatera cependant que même dans le cadre de la théorie stricte de l'*estoppel*, des avis variés ont été émis sur la nature juridique, la portée et les effets de cette règle, et en particulier sur la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une règle de fond ou de procédure.

530. Etudes mentionnées dans la note précédente, et dont le titre complet est donné *supra*, note 40, p. 70.

CHAPITRE V

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE RECOURS A L'ESTOPPEL DANS L'ORDRE INTERNATIONAL

72. Principales constatations et plan du Chapitre V. — Si l'analyse à laquelle on vient de procéder (Chapitres premier à IV) montre que la théorie de l'*estoppel* se trouve en pleine formation en droit des gens et soulève nombre de questions qui n'ont pas encore reçu de réponse, une conclusion paraît néanmoins s'imposer de façon précise : le droit international s'est prononcé clairement aujourd'hui — ainsi qu'en témoigne en premier lieu la jurisprudence de la C.I.J., « organe judiciaire principal des Nations Unies » au sens de l'article 92 de la Charte des Nations Unies — en faveur d'une construction stricte de l'*estoppel* et s'est inspiré directement à cet égard de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*, dont il a repris les traits fondamentaux et qu'il a mise au point selon une technique appropriée à ses exigences propres.

Il est manifeste, comme l'ont souligné à juste titre certains juges et de nombreux auteurs, que l'*estoppel* ne se présente pas comme une institution juridique autonome lorsqu'il est utilisé pour décrire la déchéance d'un droit ou l'irrecevabilité d'une prétention ou d'une réclamation en vertu de règles concrètes du droit international, et l'on peut noter, avec sir Gerald Fitzmaurice, qu'il n'est pas nécessaire ni même approprié d'invoquer l'*estoppel* dans les cas où il peut être prouvé que, par sa conduite ou de toute autre manière, une Partie s'est engagée ou est liée par une obligation⁵³¹. On peut souscrire aussi aux avis de ceux qui ont signalé les risques de confusion et les dangers qu'une interprétation trop large de l'*estoppel* peut entraîner et admettre les vues exprimées fort clairement à ce sujet par sir Percy Spender, juge dissident, dans l'*affaire du temple de Préah Vihéar*⁵³². Ces différentes affirmations nécessitent toutefois un exa-

531. Cf. *supra*, p. 130 (*affaire du temple de Préah Vihéar, Individual Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice*).

532. Cf. *supra*, p. 133 et ss. (*affaire du temple de Préah Vihéar, Dissenting Opinion of Sir Percy Spender*). Voir également Louis, *Estoppel*, p. 233.

men approfondi et exigent que l'on porte toute son attention sur les nombreuses affaires qui révèlent, comme on l'a vu, une conception extensive de l'*estoppel*⁵³³. On tentera donc de démontrer, en se référant à ces affaires, que le recours à l'*estoppel* largement entendu n'est qu'une manière pratique et sommaire de qualifier une situation juridique réglée par d'autres institutions du droit des gens, et l'on mentionnera à cet égard les cas où le terme d'*estoppel* n'a été utilisé que pour décrire l'effet d'une *admission* (reconnaissance d'un point de fait par une Partie, pouvant être invoquée contre elle comme preuve⁵³⁴) ou l'effet d'un acte juridique générateur d'une obligation à la charge de son auteur, ou encore pour définir la déchéance encourue par une Partie parce qu'elle n'a pas observé les prescriptions d'une règle juridique qui imposait une obligation d'agir ou en raison du caractère illicite de l'un de ses actes (par. 73 à 76).

On fera ensuite quelques remarques d'ordre terminologique (par. 77).

On soutiendra enfin que le droit international a conféré un rôle spécifique et autonome à l'*estoppel* en recevant dans ses grandes lignes la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*, et l'on indiquera les différents problèmes qu'une telle thèse soulève (par. 78).

73. Utilisation du terme d'*estoppel* pour décrire simplement l'effet de la reconnaissance d'un point de fait par une Partie. — On a déjà indiqué que les notions d'*estoppel* et d'*admission* ont parfois été confondues⁵³⁵. En effet, des plaideurs et des tribunaux ont souvent parlé d'*estoppel* lorsque la déclaration, l'acte ou le comportement (actif ou passif) d'une Partie leur paraissait fournir un élément de preuve décisif, et cet emploi du terme a conduit certains auteurs à ne pas estimer nécessaire de retenir en droit des gens les différents éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* de la *common law* et à définir l'*estoppel* comme l'objection péremptoire qui s'oppose à ce qu'une Partie à un procès prenne une position contredisant ce qu'elle a antérieurement admis, c'est-à-dire comme le simple effet d'une *admission*⁵³⁶.

Plusieurs voix se sont élevées contre cette confusion des notions d'*estoppel* et d'*admission*. Bin Cheng a fait observer par exemple, à propos de la portée du principe *Allegans contraria non audiendus est* en droit international :

« The application of this principle to such cases of admission, sometimes also called 'estoppel' or described under the maxim

533. Cf. *supra*, par. 43-54, p. 74 et ss.

534. Définition de la notion d'*admission* donnée *supra*, p. 180.

535. Cf. *supra*, p. 180.

536. Cf. *supra*, par. 68, pp. 183-184. Voir en particulier la récente définition de l'*estoppel* donnée par Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, p. 698, par. 580.

'*non concedit venire contra factum proprium*,' does not, however, have the same effect as an equitable estoppel mentioned earlier in this section. Unlike the latter, an admission does not peremptorily preclude a party from averring the truth. It has rather the effect of an *argumentum ad hominem*, which is directed at a person's sense of consistency, or what in logic is paradoxically called the 'principle of contradiction.' An admission is not necessarily conclusive as regards the facts admitted. Its force may vary according to the circumstances.»⁵³⁷,

et D.W. Bowett a émis le même avis, soulignant notamment :

« There may ... be circumstances in which the admission covers a statement of fact, and in these circumstances the question will arise whether this admission should be treated as a binding estoppel or merely as a statement having probative value. This question cannot, in our submission, be answered by looking at the form which the statement takes : the answer lies in ascertaining whether the statement fulfils the essential conditions of an estoppel. If it does not, then, although denied binding effect, it can still be adduced as evidence to weaken the case which the party making the statement or admission now puts forward.

.....
The difference in effect between an estoppel and an admission is then, first and foremost, that the former is binding whereas the latter has mere probative value. An estoppel will exclude altogether evidence of a disputed fact, whereas an admission will either render evidence superfluous where there is no other evidence to contradict the admission or, where there is such contradictory evidence, will weaken or perhaps nullify the contradictory evidence — depending on the relative weight of the admission and such evidence.»⁵³⁸

D'autres auteurs se sont également exprimés dans ce sens⁵³⁹, et l'on peut rappeler que sir Percy Spencer avait avancé des idées semblables dans l'*affaire du temple de Préah Vihéar*, en soulignant que toute situation peut être l'objet d'un acte de reconnaissance ou d'un acquiescement et acquérir de ce fait une valeur de preuve et produire des conséquences juridiques créant, « affectant » ou modifiant les relations juridiques entre Etats, mais en spécifiant qu'une telle preuve peut être détruite ou modifiée par d'autres preuves et que l'*estoppel* n'intervient, avec son effet absolu, que si l'on peut démontrer l'existence de ses différents éléments constitutifs⁵⁴⁰.

Plusieurs affaires que l'on a analysées au titre de la conception extensive de l'*estoppel* permettent de relever le bien-fondé de ces remarques, encore qu'il soit difficile de déterminer de façon précise pour certains d'entre elles si la déchéance — alléguée ou constatée — de la faculté de contester que l'une des Parties au litige encourait du

537. Cheng, *op. cit.*, p. 147.

538. Bowett, *Estoppel*, pp. 196-197.

539. Cf. *supra*, note 518, p. 190.

540. Cf. *supra*, pp. 134-135.

fait de ses déclarations, actes ou comportements antérieurs dérivait de la force probante décisive que l'on pouvait leur attribuer en l'espèce ou plutôt, comme on le verra ⁵⁴¹, de la force obligatoire de l'acte juridique dont ils étaient constitutifs. Une telle distinction est souvent malaisée à établir et la jurisprudence internationale n'est pas toujours des plus claires à ce sujet.

On peut noter par exemple, s'agissant de la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats, que les Gouvernements de la Grande-Bretagne et de l'Inde n'ont utilisé le terme d'*estoppel* — respectivement dans l'affaire des navires finlandais réquisitionnés dans des ports britanniques pendant la première guerre mondiale ⁵⁴² et dans l'affaire de la délimitation de la frontière sino-indienne ⁵⁴³ — que pour décrire l'effet d'une admission, et il semble que si des instances internationales avaient statué sur ce point, elles se seraient probablement bornées à examiner l'ensemble des éléments invoqués par les Parties (documents, actes, attitudes) et auraient tenu finalement pour déterminants ceux auxquels elles auraient attribué la plus grande valeur probatoire.

Un tel recours à la notion d'*estoppel* se rencontre aussi dans un grand nombre d'affaires arbitrales et judiciaires. On peut notamment considérer, avec Bin Cheng ⁵⁴⁴, que, dans l'affaire *Salvador Commercial Company* ⁵⁴⁵, le tribunal s'est référé à l'*estoppel* uniquement pour dire que le Gouvernement du Salvador ne pouvait pas revenir en justice sur les rapports de ses propres agents, qui avaient toujours reconnu expressément l'exécution correcte du contrat de concession en question — étant entendu que la preuve de cette reconnaissance n'eût pu être admise s'il avait été démontré que lesdits rapports étaient entachés d'un vice du consentement (erreur, dol, contrainte). L'affaire *Landreau* ⁵⁴⁶ permet également de relever une telle utilisation du terme d'*estoppel*, puisque le tribunal s'est borné à souligner que s'il avait été établi que la Partie en cause avait renoncé — fût-ce tacitement — à sa créance, elle n'eût été recevable (*would be estopped*) à revendiquer ses droits. Les mêmes remarques paraissent s'imposer en ce qui concerne l'appel à l'*estoppel* dans

541. *Infra*, par. 74, pp. 205-210.

542. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 75-76. Le Gouvernement britannique avait fait valoir que les armateurs finlandais avaient manifestement reconnu qu'ils devaient s'adresser au Gouvernement impérial russe pour toute question relative à l'emploi de certains de leurs navires pendant la première guerre mondiale et n'étaient donc pas recevables maintenant à remettre en question (*would be effectually estopped from now disputing*), vis-à-vis du Gouvernement britannique, une situation qu'ils semblaient avoir admise.

543. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 76-77. Le Gouvernement indien avait affirmé que le Gouvernement de la République populaire de Chine avait acquiescé de diverses manières à la délimitation du secteur oriental de la frontière sino-indienne et était par conséquent *estopped* de présenter maintenant des revendications sur le territoire indien.

544. Cheng, *op. cit.*, pp. 147-148.

545. Cette affaire est présentée *supra*, p. 80.

546. Cette affaire est présentée *supra*, p. 81.

l'affaire *Flegenheimer*⁵⁴⁷, dans l'affaire *Purfürst c. Vitous*⁵⁴⁸, dans l'affaire « *Différends Sociétés Dufay et Gigandet et autres* »⁵⁴⁹ et dans l'affaire de la frontière des Andes⁵⁵⁰, car les tribunaux se sont limités à indiquer dans chacun de ces cas, sans prendre en considération l'appareil technique de l'*estoppel* strictement défini, que telle ou telle allégation n'est pas recevable lorsqu'il est prouvé qu'elle contredit ce que la Partie qui l'avance a précédemment dit, fait ou laissé croire.

On peut présenter, semble-t-il, des observations similaires au sujet de certaines décisions arbitrales qui ont été et sont encore considérées par des commentateurs comme des exemples d'une application « implicite » de l'*estoppel*. Si l'on peut estimer avec Hersch Lauterpacht que, dans l'affaire *Croft*⁵⁵¹, la Grande-Bretagne a effectivement soulevé un *plea of admission*, c'est-à-dire une exception fondée sur une prétendue reconnaissance formelle par le Gouvernement portugais du déni de justice en cause, on ne saurait partager en revanche l'avis de cet auteur selon lequel le tribunal aurait appliqué l'*estoppel* dans le cas où il aurait retenu cette exception, et l'on doit soutenir bien plutôt qu'il aurait probablement jugé suffisant de déclarer, en pareille hypothèse, que les différents actes invoqués impliquaient une reconnaissance (*admission*) dont les effets ne pouvaient plus être remis en question sur le plan international et qui empêchait le Portugal de contester le bien-fondé de la réclamation britannique. On ne saurait admettre non plus que le tribunal a recouru à la théorie de l'*estoppel* dans l'affaire du *El Chamizal* (1910)⁵⁵², entre les Etats-Unis et le Mexique, puisqu'il s'est contenté d'affirmer que les Parties

547. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 87-89. La Commission de conciliation italo-américaine s'est référée à l'« institution anglo-américaine de l'*estoppel* », équivalent à ses yeux de la « maxime non concedit venire contra factum proprium », en l'envisageant comme une exception d'irrecevabilité qui s'oppose — indépendamment des conditions techniques de l'*estoppel* strictement défini — à ce qu'une Partie à un procès avance une allégation qui contredit de façon manifeste une attitude qu'elle a antérieurement adoptée.

548. Cette affaire est présentée *supra*, p. 81-82. La Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne a estimé faire application de l'*estoppel* en contestant simplement au demandeur le droit de tirer un argument quelconque d'un certain fait, vu qu'il avait avancé précédemment à ce sujet des affirmations diamétralement opposées.

549. Cette affaire est présentée *supra*, p. 89. La Commission de conciliation franco-italienne a déclaré qu'elle n'aurait pu examiner « l'applicabilité de l'objection résultant du principe de l'*estoppel* (non concedit venire contra factum proprium) » que s'il avait été démontré que l'Italie avait reconnu devant un organe international que le Traité de Paix avec l'Italie était applicable à l'ancienne colonie de la Somalie italienne.

550. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 89-91. Comme on l'a vu, le tribunal arbitral s'est rendu compte qu'il accordait en l'espèce un sens des plus larges à la notion d'*estoppel*, et il a spécifié — se référant à l'opinion individuelle de M. Alfaro dans l'affaire du temple de Préah Vihear — qu'il n'utilisait ce terme que pour désigner le principe en vertu duquel la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un Etat et la conduite antérieure de celui-ci n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*).

551. Cette affaire, et les commentaires avancés à son propos par Hersch Lauterpacht, sont présentés *supra*, pp. 179-180.

552. *The Chamizal Arbitration*, sentence du 24 juin 1910 reproduite dans R.S.A.N.U., vol. IX, p. 216 et ss. Y.Z. Blum, *op. cit.*, p. 91, note 5, la présente comme un cas d'application de l'*estoppel*. Et voir notamment, *contra*, MacGibbon, *Estoppel*, p. 503, et Dominicé, *Estoppel*, p. 338.

avaient adopté par leur conduite ultérieure uniforme une interprétation authentique des dispositions litigieuses des traités de frontière qu'elles avaient conclus en 1848 et 1853 et ne pouvaient revenir aujourd'hui sur cette interprétation et contester la frontière ainsi déterminée⁵⁵³. Il serait également erroné de considérer, à l'instar de certains auteurs, que les Tribunaux arbitraux mixtes (T.A.M.) institués à la suite de la première guerre mondiale ont appliqué l'*estoppel* dans plusieurs affaires ayant trait à des questions de nationalité, quand ils ont statué qu'un Etat ne pouvait se soustraire aux conséquences qui découlait de la qualité qu'il avait reconnue ou déniée à un individu si ses déclarations, actes ou comportements antérieurs permettaient d'établir qu'il avait effectivement reconnu ou dénié ladite qualité à cet individu⁵⁵⁴; on peut estimer, par exemple, que, dans l'*affaire Kahane c. Parisi et Etat autrichien* (1929), le T.A.M. austro-roumain s'est borné à conférer un effet absolu à une *admission* de ce type lorsqu'il a déclaré — ayant à se prononcer sur la question de savoir si les Israélites nés en Roumanie, qui avaient été autorisés par des décrets roumains de 1918 et 1919 à obtenir la citoyenneté roumaine complète, pouvaient être considérés comme ayant eu précédemment, et notamment pendant la guerre, la qualité de ressortissants roumains dans le sens donné à ce terme par le Traité

553. Comme l'indique Dominici, *loc. cit.*, le tribunal, estimant que le texte de ces traités se prêtait à deux interprétations différentes, a dit vouloir tenir compte de l'attitude ultérieure des Parties à titre d'élément de preuve, déclarant notamment : « It is in consequence of this legitimate doubt as to the true construction of the boundary treaties of 1848 and 1853 that the subsequent course of conduct of the parties, and their formal conventions, may be resorted to as aids to construction... On the whole, it appears to be impossible to come to any other conclusion than that the two nations have, by their subsequent treaties and their consistent course of conduct in connection with all cases arising thereunder, put such an authoritative interpretation upon the language of the Treaties of 1848 and 1853 as to preclude them from now contending that the fluvial portion of the boundary created by those treaties is a fixed line boundary. »

Il n'y a certes pas lieu de parler d'*estoppel* lorsqu'un tribunal examine la conduite subséquente d'une Partie à un traité aux fins de déterminer son interprétation de celui-ci et attribue le cas échéant une force probante décisive à cette interprétation parce qu'elle lui paraît indiquer clairement la reconnaissance par cette Partie de ses obligations conventionnelles; on constate cependant qu'il est parfois difficile de déterminer de façon précise, dans un tel cas, si la pratique ultérieurement suivie par une Partie dans l'application du traité est prise en considération comme élément d'interprétation ou comme source de modification de cet instrument, et l'on doit souligner le rôle que l'*estoppel* strictement défini peut être appelé à jouer dans cette dernière hypothèse.

554. Les principales décisions des T.A.M. qui ont retenu l'attention de certains auteurs au titre de l'*estoppel* sont les suivantes : *affaire Kramata c. Empire allemand et affaire Rychnewsky et Alt. c. Empire allemand*, décisions rendues le 27 avril 1923 par le T.A.M. germano-tchécoslovaque et reproduites dans *Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes* (ci-après mentionné « *Recueil T.A.M.* »), vol. III, respectivement p. 888 et ss., et p. 1011 et ss. — des remarques sont présentées à leur sujet *infra*, note 555; *affaire Kunkel c. Etat polonais*, décision rendue le 2 décembre 1925 par le T.A.M. germano-polonais et reproduite dans *Recueil T.A.M.*, vol. VI, p. 974 et ss. — des remarques sont présentées à son sujet *infra*, note 555; *affaire Tiedemann c. Etat polonais*, décision rendue le 1^{er} novembre 1926 par le T.A.M. germano-polonais et reproduite dans *Recueil T.A.M.*, vol. III, p. 596 et ss. — des remarques sont présentées à son sujet *infra*, note 555; *affaire Kahane c. Parisi et Etat autrichien*, décision rendue le 19 mars 1929 par le T.A.M. austro-roumain et reproduite dans *Recueil T.A.M.*, vol. III, p. 9 et ss. — des remarques sont présentées à son sujet ci-dessous et note 555.

de paix de Saint-Germain de 1919 — que « Les Israélites indigènes de Roumanie ont été considérés ... par les Grandes Puissances déjà avant la reconnaissance de l'indépendance roumaine, comme devant être assimilés aux autres citoyens roumains et ils ont été traités comme tels, pendant la guerre, par les Puissances centrales [l'Autriche-Hongrie en l'espèce] qui ne peuvent leur contester devant le Tribunal arbitral mixte la qualité de ressortissants roumains »⁵⁵⁵.

555. *Recueil T.A.M.*, vol. III, p. 961. Bowett, *Estoppel*, p. 187, considère que le tribunal a appliqué en l'espèce l'*estoppel by conduct*, soulignant notamment (note omise) : « ... when a State has treated an individual as having a particular nationality it cannot, at a later stage, obtain an advantage over him by treating him as not being possessed of that nationality... In *Kahane v. Parisi and the Austrian State* the conduct of the Rumanian Government and the Central Powers in treating the native Jews of Roumania as Roumanians throughout the war estopped them from denying to those Jews the status of Roumanian 'ressortissants' within the meaning of the treaty of St. Germain », et Mosconi, *Estoppel*, p. 407, critique ce point de vue en faisant observer, en substance, qu'il est inutile de parler d'*estoppel* pour décrire l'effet juridique que le droit international attache à certains actes ou attitudes unilatéraux. On rencontre dans la jurisprudence des T.A.M. d'autres exemples de ce type, et il convient de donner quelques indications à leur sujet parce qu'ils ont été et sont encore mentionnés par des auteurs comme des exemples d'une application de l'*estoppel* en droit international. Dans l'*affaire Kramata c. Empire allemand* (références données *supra*, note 554), le T.A.M. germano-tchécoslovaque devait se prononcer sur la recevabilité d'une demande présentée par un négociant tchécoslovaque établi à Bordeaux, dont les marchandises avaient été séquestrées et vendues à Bordeaux pendant la guerre sur l'ordre du Ministère saxon de l'Intérieur et qui, ayant acquis la nationalité française après la guerre, entendait obtenir de l'Allemagne une indemnité en application de l'article 297 e du Traité de Versailles, aux termes duquel l'Allemagne devait réparer le dommage causé aux biens des Puissances alliées et associées par des mesures exceptionnelles de guerre ; l'Allemagne avait opposé une exception d'incompétence à cette demande, en soutenant que ledit article 297 e ne s'appliquait qu'entre ressortissants de Puissances ennemies à la date de la mesure qui avait causé le dommage, ce qui n'était pas le cas en 1915 et 1917 (dates où les mesures incriminées avaient été prises) pour l'Allemagne et la Tchécoslovaquie ; le tribunal a rejeté cette exception en déclarant : « Le demandeur est ressortissant tchécoslovaque ; ses biens, saisis en vertu d'une loi exceptionnelle de guerre, ont été considérés en fait et liquidés comme bien ennemis. Dans ces circonstances, ... il est inutile de rechercher à quel moment le demandeur a acquis sa nationalité actuelle. L'acte d'hostilité dont il a été l'objet équivaut, en effet, à une mesure exceptionnelle de guerre au sens de l'article 297 e et le Tribunal doit se déclarer compétent pour statuer sur la réparation de ce dommage » (*Recueil T.A.M.*, vol. III, pp. 990-991), et des auteurs — notamment Friede, *Estoppel*, p. 527, et Menzel, *op. cit.*, p. 442 — ont cru voir dans ce passage une application de l'*estoppel*, alors que tout permet d'affirmer que le tribunal n'a fait qu'attribuer en l'espèce une force probante décisive à une admission, c'est-à-dire à la reconnaissance par les autorités allemandes concernées du caractère ennemi des biens en question. Les mêmes remarques paraissent s'imposer en ce qui concerne l'*affaire Rychniewski et Alt c. Empire allemand* (références données *supra*, note 554), qui a conduit le T.A.M. germano-polonais à indiquer que « Dans le système de l'article 297 e ..., la qualité d'ennemi est l'élément essentiel. Si l'Etat allemand a assimilé sur son territoire les biens d'une personne aux biens ennemis et les a utilisés pour ses besoins de guerre, il est difficile d'admettre qu'il puisse se soustraire aux conséquences de cet acte d'hostilité et refuser à reconnaître au lésé, au moment où ce dernier demande réparation du dommage, la qualité qu'il lui a prêtée pour le saisir de son bien » (*Recueil T.A.M.*, vol. III, p. 1018), mais à débouter les demandeurs (deux négociants tchèques établis à Prague) parce qu'ils n'avaient pas réussi à administrer la preuve que leurs biens avaient été, en fait, traités comme biens ennemis ; il est clair que si les demandeurs étaient parvenus à établir cette preuve, l'Allemagne eût été déchue du droit de contester la compétence du tribunal et celui-ci aurait statué sur la réparation du dommage — mais il n'y a pas lieu de parler d'*estoppel* (comme l'ont fait Friede, *Estoppel*, p. 527, et

On peut souligner aussi que la plupart des décisions que Michael B. Akehurst a analysées pour démontrer que les tribunaux administratifs internationaux — notamment celui de l'Organisation des Nations Unies et celui de l'Organisation internationale du Travail — ont fréquemment appliqué l'*estoppel* ne se rapportent en fait qu'à la force concluante que ces tribunaux ont attribuée dans certains cas, sans se référer à l'*estoppel* et à ses conditions d'application, aux déclarations ou comportements d'une Partie⁵⁵⁶. Cette conception extensive de la règle a conduit cet auteur à confondre les notions d'*admission* et d'*estoppel* et à affirmer notamment, se référant à diverses décisions⁵⁵⁷, que « la force concluante d'une déclaration ou

Menzel, *op. cit.*, p. 442) pour qualifier cette situation, et l'on voit mal pourquoi Dominici, *Estoppel*, pp. 358-359, a jugé possible de présenter cette affaire comme une application de l'*estoppel*, tout en admettant il est vrai que l'on n'est pas « en présence d'un cas où une certaine représentation des faits est opposable à l'Etat qui l'a donnée, parce que l'autre partie s'y est fiée et a agi en conséquence » et que l'on se trouve par conséquent en marge de la définition stricte de l'*estoppel* telle qu'elle a été énoncée par la C.I.J. dans l'*affaire de la Barcelona Traction* (1964). Quelques auteurs ont mentionné également au titre de l'*estoppel* certaines décisions du T.A.M. germano-polonais relatives à la recevabilité de requêtes émanant de personnes dont la Pologne, estimant qu'elles étaient de nationalité allemande, avait liquidé les biens en application de l'article 297, par. 1, al. b, du Traité de Versailles, qui reconnaissait aux Puissances alliées et associées le droit de liquider après la guerre les biens de ressortissants allemands situés sur leur territoire. Ainsi Friede, *Estoppel*, p. 527, Lauterpacht, *Annual Digest* 1925-1926, Case No 318, pp. 418-419 et Menzel, *op. cit.*, p. 442, ont estimé que ce tribunal s'est référé à l'*estoppel* dans l'*affaire Kunkel c. Etat polonais* (références données *supra*, note 554) lorsque, après s'être déclaré incompétent pour statuer sur les demandes telles qu'elles avaient été formulées et motivées parce que les requérants ne pouvaient le saisir d'une action contre une Puissance alliée ou associée en invoquant leur ressortissance alliée ou associée, il a estimé nécessaire d'ajouter que si les requérants renonçaient à fonder leurs réclamations contre l'Etat polonais sur leur prétendue qualité de ressortissants polonais et se bornaient à invoquer les droits assurés par le Traité de Versailles aux ressortissants allemands liquidés, il devrait, au point de vue de sa compétence, les tenir pour Allemands puisque c'est en raison de cette qualité qu'ils ont été liquidés et que l'Etat polonais ne pourrait pas alors exciper de la ressortissance polonaise des requérants pour décliner la compétence du tribunal, étant donné qu'il les a traités comme Allemands et qu'ils ne revendiqueraient pas autre chose que les droits garantis aux ressortissants allemands (cf. *Recueil T.A.M.*, vol. VI, pp. 983-984) — mais on doit bien plutôt considérer que le tribunal a indiqué uniquement ici l'effet qu'il aurait attribué dans ce cas à une *admission*. Il est à signaler que le T.A.M. germano-polonais a réaffirmé cette « solution », pour reprendre ses propres termes, dans l'*affaire Tiedemann c. Etat polonais* (références données *supra*, note 554).

556. Le titre et les références de l'article d'Akehurst sont donnés *supra*, p. 70, note 40. Cet auteur semble être parti de l'idée que les tribunaux administratifs internationaux appliquent le droit international public, mais il paraît plus exact de considérer, comme Philippe Cahier l'a souligné dans « Le droit interne des organisations internationales », *R.G.D.I.P.* 1963, p. 602, que « les organisations internationales ont un ordre juridique interne destiné à régler leur fonctionnement et les relations entre leurs sujets. »

557. Il ne paraît pas nécessaire d'énumérer ici l'ensemble de ces décisions, tirées pour la plupart de la jurisprudence du Tribunal administratif des Nations Unies, du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du Travail et de la Cour de Justice des Communautés européennes. On peut dire, de façon générale, qu'elles se sont bornées à conférer un effet juridique à la reconnaissance d'un point de fait par une Partie, indépendamment de tout *estoppel* au sens strict du terme. On ne saurait considérer par exemple — comme le font Akehurst, *op. cit.*, p. 290, et C. Wilfred Jenks, *The Proper Law of International Organizations* (Londres : Stevens, 1962), p. 54 — que le Tribunal administratif des Nations Unies a appliqué l'*estoppel* dans l'*affaire Hilpern* (cf. *Jugements*

d'un comportement découle d'habitude uniquement du fait que la partie en question n'a pu apporter de preuve contraire ... Autrement dit, le principe de l'*estoppel* devient une simple présomption qui est susceptible d'être réfutée... »⁵⁵⁸.

Des plaideurs, de même que des juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, ont également recouru à plusieurs reprises à la notion d'*estoppel* pour indiquer simplement que l'une des Parties au litige n'était pas habilitée à leur avis à revenir sur ce qu'elle avait précédemment reconnu ou sur ce à quoi elle avait acquiescé. Tel fut le cas, en particulier, dans l'*affaire des Minquiers et des Ecréhous* (argument de la Grande-Bretagne)⁵⁵⁹, dans l'*affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955* (argument d'Israël)⁵⁶⁰, dans les *affaires du Sud-Ouest africain* (opinion individuelle de sir Louis Mbanefo)⁵⁶¹, dans l'*affaire de la frontière occidentale indo-pakistanaise* (opinion dissidente de M. Bebler)⁵⁶², dans l'*affaire de la Barcelona Traction*, 2°

du Tribunal administratif des Nations Unies, Nos 1-70, Jugement N° 57 du 9 septembre 1955, p. 296 et ss.), que l'on peut résumer comme suit : M. Hilpern, ancien directeur du bureau du Caire de l'Office de secours et de travaux des Nations Unies pour les réfugiés palestiniens (U.N.W.R.A.) avait formé un recours devant le Tribunal administratif des Nations Unies contre une décision de licenciement que cet Office avait prise à son encontre ; l'U.N.W.R.A. avait contesté la validité de ce recours en soutenant que le Tribunal n'était compétent qu'à l'égard des fonctionnaires du Secrétariat des Nations Unies, que l'Office était un organe autonome et que les dispositions applicables à son personnel — arrêtées aux termes de la résolution 302 (IV) de l'Assemblée générale des Nations Unies — n'avaient pas prévu un tel droit de recours ; le Tribunal n'a pas retenu cette exception, jugeant que l'U.N.W.R.A. ne pouvait contester sa compétence puisque son Secrétaire général et son Directeur avaient admis précédemment — respectivement dans un télégramme adressé au Ministre égyptien des Affaires étrangères et dans une lettre à l'avocat du requérant — que les dispositions du Statut et du Règlement du personnel des Nations Unies relatives au droit de recours devant le Tribunal administratif pouvaient être invoquées en l'espèce par M. Hilpern.

558. Akehurst, *op. cit.*, p. 288.

559. Cette affaire est présentée *supra*, p. 85. La Grande-Bretagne avait invoqué l'*estoppel* pour expliquer uniquement qu'aucune des deux Parties au litige ne pouvait dénier à son adversaire le droit de revendiquer la souveraineté sur certains des îlots en question en arguant du fait qu'elles les avaient placés conventionnellement dans leur mer commune, parce qu'elles avaient donné l'une et l'autre un sens différent à ce prétendu règlement conventionnel par leur conduite ultérieure en réclamant à plusieurs reprises la souveraineté sur lesdits îlots. Comme on l'a vu, la C.I.J. a retenu cet argument, mais sans parler d'*estoppel* et en jugeant suffisant de constater que la thèse française était incompatible avec l'attitude que le Gouvernement français avait prise lui-même précédemment à diverses occasions.

560. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 85-86. Ayant cherché à démontrer que la Bulgarie avait tout d'abord reconnu officiellement ce qu'elle avait contesté par la suite, Israël a fait valoir que le Gouvernement bulgare n'était pas parvenu à établir le bien-fondé de son changement d'attitude et pouvait être considéré par conséquent comme juridiquement *estopped* de revenir sur cette reconnaissance.

561. Cf. *supra*, p. 86. Sir Louis Mbanefo s'est rapporté à la théorie de l'*estoppel* pour indiquer simplement que l'Afrique du Sud, qui avait administré pendant plus de quarante ans le territoire en cause parce qu'elle avait considéré que la déclaration de Mandat constituait un traité dont les termes lui donnaient pouvoir de le faire, était forclosé (*estopped*) à contester maintenant le caractère conventionnel de ladite déclaration.

562. Cf. *supra*, pp. 91-92. Se référant à l'opinion individuelle de M. Alfaro dans l'*affaire du temple de Préah Vihéar* (cf. *supra*, pp. 127-129), M. Bebler s'est rallié à une conception extensive de l'*estoppel* décrit comme l'effet direct d'un acte de reconnaissance ou d'un acquiescement.

phase (opinion individuelle de M. Jessup)⁵⁶³ et dans *l'affaire du Sahara occidental* (opinion individuelle de M. Dillard)⁵⁶⁴.

Il est certain, comme on le constatera⁵⁶⁵, que la reconnaissance d'un point de fait par une Partie ou l'acquiescement d'une Partie peuvent entraîner un *estoppel* au sens technique si la Partie qui les invoque parvient à démontrer qu'ils lui ont donné une représentation claire et non ambiguë des choses qui l'a incitée à agir (ou à s'abstenir d'agir) de la manière qu'elle allègue et qu'il en est résulté — pour reprendre les termes employés par sir Gerald Fitzmaurice dans *l'affaire du temple de Préah Vihear*⁵⁶⁶ — « un changement dans les positions relatives des parties, empirant la position de l'une ou améliorant celle de l'autre, ou les deux à la fois ». Dans ce cas, conformément à la théorie stricte de l'*estoppel*, l'acte de reconnaissance ou l'acquiescement ferment de façon absolue à celui dont ils émanent le droit à la preuve contraire. Mais si les différents éléments constitutifs de l'*estoppel* ne sont pas établis, l'*admission* ne fournit alors qu'un élément de preuve qui peut être détruit ou modifié par d'autres preuves, et il appartient au tribunal d'examiner *in concreto* l'ensemble des déclarations, actes ou comportements pertinents des Parties et d'attacher, le cas échéant, des effets juridiques à ceux d'entre eux qui lui paraissent revêtir une force concluante⁵⁶⁷.

Les auteurs qui ont étudié la théorie des preuves devant les juridictions internationales et analysé les problèmes relatifs à la production et à l'administration des preuves ont constaté, de façon générale, que l'arbitre ou le juge international apprécie librement les preuves qui leur sont soumises et qu'une très grande flexibilité caractérise le système probatoire international en ce qui concerne la recevabilité des preuves⁵⁶⁸. Ils ont noté cependant qu'il existe, dans la procédure

563. Cf. *supra*, p. 86-87, M. Jessup a considéré, tout en soulignant qu'il ne s'agissait pas là d'un *estoppel* au sens technique, que l'on pourrait soutenir que l'Espagne avait admis que le Canada avait le droit d'assurer la protection diplomatique de la Barcelona Traction et se trouvait dès lors *estopped* de contester ce droit.

564. Cf. *supra*, p. 87. M. Dillard a rappelé la thèse espagnole, selon laquelle les questions soumises à la Cour étaient purement « académiques » ou « historiques » parce que l'Assemblée générale des Nations Unies était liée par ses résolutions — dans lesquelles elle avait déjà arrêté les principes et les méthodes qui devaient régir le processus de décolonisation — et qu'il existait « une sorte d'*estoppel* » opposable aux revendications du Maroc et de la Mauritanie du fait qu'ils avaient acquiescé à ces résolutions.

565. Voir les indications que l'on donne dans la 3^e Partie sur la théorie stricte de l'*estoppel* en droit des gens, notamment au Chapitre II, pp. 271-302.

566. Cf. *supra*, p. 131.

567. Voir les intéressantes remarques présentées à ce sujet par sir Gerald Fitzmaurice dans « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: General Principles and Sources of Law », *B.Y.B.I.L.* 1953, pp. 44-47. Cet auteur fait notamment observer que l'on ne saurait accorder trop de poids à des contradictions superficielles ou à des déclarations isolées, et que de simples propositions ou concessions faites au cours des négociations ne peuvent être considérées comme des *admissions*.

568. Cf. notamment J.C. Witenberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales » (ci-après mentionné « Witenberg, *La théorie des preuves* »), *R.C.A.D.I.* 1936, vol. II, p. 5 et ss., et *L'organisation judiciaire*, *op. cit.*, p. 296 et ss., Jean-Flavien Lalive, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de Justice », *A.S.D.I.* 1950, p. 77

internationale comme dans les procédures internes, des limites au droit de faire la preuve, et certains d'entre eux ont indiqué à ce propos que le droit international a retenu, entre autres, la théorie de *l'estoppel* ⁵⁶⁹.

Il est évident qu'il n'y a pas lieu pour un tribunal de parler d'*estoppel* s'il est démontré que l'une des Parties au litige a clairement reconnu antérieurement ce qu'elle conteste aujourd'hui, c'est-à-dire si l'*admission* considérée revêt une force probante décisive. L'*estoppel* strictement défini n'intervient que dans le cas où l'on peut douter qu'une Partie a véritablement reconnu un certain point, ou acquiescé à une certaine situation, mais où les déclarations, actes ou comportements ultérieurs de cette Partie ont été tels, et ont eu des conséquences telles, que l'on ne peut l'autoriser à dénier l'existence de la reconnaissance ou de l'acquiescement en question, qu'elle est déchuée du droit de contester ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire ⁵⁷⁰. L'examen de la jurisprudence permet de constater que certains tribunaux internationaux ont nettement distingué les notions d'*admission* et d'*estoppel* : à plusieurs reprises, ils ont conféré, ou n'ont pas conféré, une force concluante à un acte de reconnaissance ou à un acquiescement indépendamment de tout *estoppel*, alors même que l'une des Parties au litige avait fait appel à cette règle et à son appareil technique pour étayer sa thèse ou pour contester le bien-fondé de la thèse adverse — ce fut notamment le cas, comme on l'a vu, dans l'*affaire du statut juridique du Groënland oriental* ⁵⁷¹, dans l'*affaire Nottebohm* ⁵⁷², dans l'*affaire de la sentence arbitrale rendue*

et ss., Guggenheim, *Traité* (1^{re} éd.), tome II, p. 155 et ss. Paul Reuter, *Droit international public* (Paris : P.U.F., 1973, 4^e édition revue et mise à jour, ci-après mentionné « Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 340, a souligné : « La procédure internationale organise les preuves d'une manière très souple sur le fondement de l'intime conviction du juge, sans règle de forme, en recourant au besoin aux présomptions. Si chaque partie doit prouver ce qu'elle allègue, chacune doit concourir à la preuve et le tribunal intervient activement dans la procédure pour la recherche de la preuve. La procédure a ainsi un caractère mi-accusatoire, mi-inquisitoire. »

569. Voir les indications données à ce sujet *supra*, par. 68, pp. 183-184.

570. Voir à ce propos les intéressantes remarques présentées par sir Gerald Fitzmaurice dans l'*affaire du temple de Préah Vihéar*, reproduites *supra*, p. 130.

571. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 96-103. Comme on le verra, *infra*, p. 207, il est difficile de savoir si l'*estoppel* était invoqué en l'espèce pour qualifier l'effet d'une *admission* ou pour décrire les conséquences d'un acte juridique (reconnaissance) générateur d'une obligation à la charge de son auteur. On constatera que l'appel à l'*estoppel* est inutile dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, s'il est démontré que l'*admission* alléguée ne laisse subsister aucun doute ou que l'existence de l'acte juridique invoqué est clairement établie.

572. Cette affaire est présenté, *supra*, pp. 107-111. Mosconi, *Estoppel*, p. 402, et Venturini, *op. cit.*, p. 373, considèrent avec raison que la C.I.J., en affirmant que « Rien dans tout cela ne fait apparaître qu'avant l'ouverture de l'instance le Guatemala ait reconnu au Liechtenstein titre pour exercer la protection au profit de Nottebohm et se trouve par là forcé à lui contester aujourd'hui ce titre », s'est référée à un cas d'*admission* (reconnaissance) et non d'*estoppel*.

par le roi d'Espagne⁵⁷³ et dans l'affaire du temple de Préah Vihear⁵⁷⁴ ; dans d'autres affaires en revanche, dans lesquelles l'admission alléguée ne leur paraissait pas revêtir une valeur probatoire décisive, ils ont estimé utile de se référer à la théorie stricte de l'estoppel pour indiquer les conditions dans lesquelles celui dont les déclarations, actes ou comportements étaient invoqués pouvait, ou aurait pu, être considéré comme empêché de contester les effets juridiques que son adversaire prétendait leur attribuer — ce fut en particulier le cas, comme on l'a constaté, dans l'affaire Corvaia⁵⁷⁵, dans l'affaire Tinoco⁵⁷⁶, dans l'affaire des emprunts serbes⁵⁷⁷, dans l'affaire Shufeldt⁵⁷⁸, dans l'affaire de la Barcelona Traction⁵⁷⁹ et dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord⁵⁸⁰.

573. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 111-121. On verra *infra*, pp. 207-208, qu'il est également difficile de déterminer ici si l'estoppel largement discuté par les Parties se rapportait à l'effet d'une admission ou à celui d'un acte juridique (reconnaissance). De nombreux auteurs — et en particulier Pinto, *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, pp. 1192-1194, Waelbroeck, *op. cit.*, pp. 50-53, Mosconi, *Estoppel*, p. 402, Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, p. 181, Venturini, *op. cit.*, pp. 377-378, Louis, *Estoppel*, pp. 228-229, 232, Dominici, *Estoppel*, pp. 333-334, 342, Lang, *op. cit.*, p. 52 — ont souligné à juste titre que la C.I.J. n'a pas hésité dans cette affaire, même en l'absence de tout estoppel au sens strict, à tenir compte de la conduite antérieure d'une Partie pour interdire à celle-ci d'adopter ensuite une attitude différente, à retenir par conséquent le comportement de cette Partie comme élément de preuve déterminant d'une situation donnée. Pinto a fait observer, p. 1194 : « L'intérêt de la décision réside dans l'importance qu'elle accorde à la 'reconnaissance', implicite ou explicite, par un Etat d'un fait, d'une situation juridique, d'une règle, etc., comme source d'obligations pour cet Etat. Dans les relations internationales, les actes, les pratiques, le comportement, l'attitude, la conduite d'un Etat doivent être considérés comme juridiquement significatifs. Il appartient toujours en effet à l'Etat d'apprécier les situations qui le concernent. Ce pouvoir entraîne responsabilité. Les appréciations faites par un Etat lui sont 'opposables'. Elles peuvent être invoquées contre lui. Dans un système juridique sans véritable législateur organisé et sans juridiction obligatoire, l'institution de la reconnaissance rend possible à la fois la transformation des rapports juridiques et aussi leur sécurité ». Charles De Visscher a souligné, p. 181 (note omise) : « Avec l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Sentence arbitrale du Roi d'Espagne*, c'est la notion de la forclusion fondée tant sur des actes répétés de reconnaissance que sur divers comportements qui occupe la première place... Si la Cour n'a pas fait appel à la doctrine anglo-saxonne de l'estoppel dont les conditions techniques n'étaient pas exactement remplies, c'est bien le *non audiendus* qui s'exprime dans le passage suivant de l'arrêt... : 'De l'avis de la Cour, le Nicaragua a, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et il n'est plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence' ».

574. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 121-138. Comme on en a vu, pp. 125-127, la C.I.J. est parvenue à la conclusion que la Thaïlande avait bien reconnu la ligne tracée sur la carte de l'annexe I, dont l'effet était de situer Préah Vihear dans le territoire du Cambodge, et ne pouvait dès lors dénier son acceptation de la carte ; on a constaté qu'elle a souligné, à titre complémentaire, que la théorie stricte de l'estoppel eût été applicable s'il y avait eu un doute sur cette reconnaissance ou sur cet acquiescement — indiquant par là même le rôle que l'estoppel strictement défini est appelé à jouer en matière d'admission ou dans le cadre de la théorie de l'acte juridique en droit international.

575. Cf. *supra*, pp. 141-142.

576. Cf. *supra*, pp. 143 *in fine* - 145.

577. Cf. *supra*, pp. 150-151.

578. Cf. *supra*, p. 154.

579. Cf. *supra*, pp. 162-164.

580. Cf. *supra*, pp. 167-170.

74. Utilisation du terme d'estoppel pour décrire simplement l'effet d'un acte juridique unilatéral ou conventionnel générateur d'une obligation à la charge de son ou de ses auteurs. — L'acte juridique international peut être défini comme une manifestation de volonté émanant d'un ou de plusieurs sujets du droit international et destinée à créer une norme à laquelle cet ordre juridique rattache des conséquences conformes à la volonté exprimée⁵⁸¹. Il se présente donc comme une procédure normatrice régie par le droit international⁵⁸².

L'étude de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine internationales permet de constater que le terme d'*estoppel* a été utilisé à plusieurs reprises en matières d'actes juridiques internationaux pour affirmer uniquement qu'une Partie ne peut nier l'existence d'un acte unilatéral ou conventionnel ni en contester la force obligatoire dans le cas où il est prouvé que, par sa conduite ou de toute autre manière, elle est liée par cet acte. On examinera plus loin, de façon approfondie, le rôle important que l'*estoppel* strictement défini est appelé à jouer dans le cadre de la théorie de l'acte juridique en droit international⁵⁸³. Qu'il suffise d'indiquer pour l'instant, comme plusieurs auteurs l'ont souligné⁵⁸⁴, que le problème de la naissance, de la modification ou de l'extinction, voire de la confirmation, de droits et d'obligations internationaux par accord, acquiescement, promesse, reconnaissance, renonciation ou protestation, est réglé par le droit international général, qui rattache à chacun de ces actes des effets conformes à la volonté de celui ou de ceux dont ils émanent, en précisant pour chacun d'entre eux quels sont ses éléments constitutifs et les effets qu'il déploie. S'il est donc démontré

581. Cette définition s'inspire principalement de celles données par Suy, *op. cit.*, p. 22, Charles-Albert Morand, *La législation dans les Communautés européennes* (Paris : L.G.D.J., 1968), pp. 37 *in fine*-38, Jacqué, *op. cit.*, p. 181. Il est à signaler que Suy parle d'une « manifestation de volonté, contractuelle ou unilatérale, imputée à un ou à plusieurs sujets de droit international et à laquelle une norme de cet ordre juridique rattache des conséquences correspondantes à la volonté » et Jacqué d'une « manifestation de volonté imputable à un ou à plusieurs sujets de droit international et destinée à créer une norme à laquelle le droit international rattache la création de droits et d'obligations », tandis que Morand souligne (p. 34, note omise) qu'il ne semble pas « qu'il soit indispensable de se référer dans la définition aux problèmes assez obscurs d'imputabilité qui ne tiennent pas à l'essence de l'acte juridique. Il suffit d'indiquer qu'une ou plusieurs manifestations de volonté doivent émaner d'un ou plusieurs sujets du droit international » et considère par conséquent que l'acte juridique international « consiste dans une ou plusieurs manifestations de volonté, émanant d'un ou de plusieurs sujets du droit international, qui en vertu de cet ordre juridique, créent des normes, étant entendu qu'il doit exister une correspondance entre ces normes et celles que la ou les manifestations de volonté avaient pour objet de créer ». Ces auteurs expliquent de façon détaillée les raisons qui les ont conduits à donner cette définition de l'acte juridique international, et ces longs développements n'ont pas leur place ici. On indiquera plus loin, pp. 310-312, la distinction que le droit international opère, à l'instar des divers systèmes de droit interne, entre les *faits juridiques* et les *actes juridiques*. On se penchera également, *infra*, pp. 308-309, sur la classification des actes juridiques internationaux, et, en particulier, sur la distinction fondamentale que l'on établit généralement entre les actes conventionnels et les actes juridiques unilatéraux.

582. Cf. notamment Jacqué, *op. cit.*, pp. 70 et 181.

583. *Infra*, par. 108, pp. 307-315.

584. En particulier les auteurs mentionnés *supra*, note 515, p. 189.

que, conformément au droit des gens, les déclarations, actes ou comportements d'un Etat ou d'un autre sujet du droit international sont constitutifs d'un acte juridique uni-, bi- ou multilatéral générateur d'une obligation à la charge de son ou de ses auteurs, il ne paraît pas nécessaire ni même approprié d'invoquer l'*estoppel* pour dire qu'une Partie, qui est liée par cet acte, ne peut chercher à échapper à ses conséquences. Un tel recours à la notion d'*estoppel* est superfétatoire, puisqu'il ne sert qu'à qualifier l'effet d'un acte juridique.

On peut signaler également que cette utilisation de l'*estoppel* revient à conférer à celui-ci le rôle d'un principe générateur ou translatif de droits et d'obligations, c'est-à-dire d'une règle de fond. On a vu qu'un vaste débat s'est ouvert à ce sujet en droit anglais, s'agissant de l'*estoppel by representation*, et qu'il existe une tendance très nette — mais non encore établie, semble-t-il — à considérer celui-ci comme une règle de droit matériel susceptible de constituer le fondement même une action en justice, et non plus comme une règle procédurale opérant uniquement dans le cadre de la procédure probatoire⁵⁸⁵. On a déjà indiqué que le droit international ne s'est pas encore prononcé de façon précise sur cette importante question, que l'on examinera plus loin dans le détail et sur laquelle on prendra position⁵⁸⁶. Si la plupart de ceux qui ont émis un avis sur ce point ont semblé reconnaître à l'*estoppel* le caractère d'une règle de fond, ils n'ont cependant pas indiqué très clairement s'ils l'envisageaient ainsi parce qu'il est à tel point lié aux règles de droit matériel visant la création, la modification, la confirmation ou l'extinction de droits et d'obligations qu'il ne se conçoit pas comme détaché d'elles du point de vue technique, tout en demeurant un simple moyen de défense. Une indétermination subsiste donc en ce qui concerne la nature juridique de l'*estoppel* en droit des gens, et l'on voit mal, dans certaines circonstances, s'il a été invoqué ou appliqué en tant que règle de droit matériel qui fixe la force obligatoire d'un acte juridique et la forclusion qui en découle⁵⁸⁷, ou plutôt — comme on l'a indiqué ci-dessus⁵⁸⁸ — en tant que règle procédurale qui vient sanctionner la force probante décisive que revêt une *admission*. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer que l'appel à l'*estoppel* est inutile lorsque l'existence de l'acte juridique invoqué est nettement établie, de la même manière qu'il perd toute signification si l'*admission* alléguée ne laisse planer aucun doute.

Deux catégories d'actes juridiques internationaux, la reconnais-

585. Cf. *supra*, par. 7, pp. 16-19 et par. 13-15, pp. 29-37.

586. *Infra*, par. 89, pp. 260-271.

587. On constate que des auteurs tels que Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 102, 110-111, 113, 122, 136, sont allés jusqu'à affirmer que l'*estoppel*, règle de droit matériel, constitue le fondement de la force obligatoire de tout acte juridique unilatéral, à l'instar de la règle *Pacta sunt servanda* pour les actes conventionnels !

588. *Supra*, par. 73, pp. 194-204.

sance et la renonciation, retiennent tout particulièrement l'attention dans ce contexte ⁵⁸⁹.

La reconnaissance peut être définie comme une manifestation de volonté par laquelle un sujet de droit international adhère à une modification de l'ordre juridique international qui s'est réalisée sans sa participation ⁵⁹⁰. Elle crée, en vertu du droit international, une obligation à la charge de son auteur et des droits au bénéfice de son destinataire ⁵⁹¹. Son effet général est d'obliger son auteur à respecter la situation qu'il a reconnue, de l'empêcher de remettre en question la validité de cette situation ⁵⁹². Y a-t-il lieu de parler d'*estoppel*, comme certains auteurs l'ont fait ⁵⁹³, pour décrire cet effet ? Des tribunaux internationaux, et en particulier la Cour de La Haye, s'y sont refusés à juste titre lorsque la reconnaissance d'une situation leur paraissait découler clairement des déclarations, actes ou comportements d'un sujet de droit — et cela quand bien même l'une des Parties en litige s'était référée à l'*estoppel* largement ou strictement défini pour étayer sa thèse ou pour contester le bien-fondé de la thèse adverse. On peut mentionner à nouveau à ce sujet des affaires que l'on a déjà prises en considération pour indiquer que le terme d'*estoppel* a parfois été utilisé pour décrire l'effet d'une *admission* ⁵⁹⁴, car il n'apparaît pas toujours très clairement — comme on l'a vu ⁵⁹⁵ — si l'*estoppel* était invoqué en l'espèce pour définir les conséquences d'un acte juridique ou celles d'une *admission*. Ainsi, dans l'*affaire du statut juridique du Groënland oriental* ⁵⁹⁶, la C.P.J.I. a jugé suffisant d'affirmer — alors même que le Danemark avait fondé l'un de ses arguments sur l'*estoppel stricto sensu* — que, par des actes impliquant reconnaissance de la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland, la Norvège s'était privée du droit de contester cette souveraineté ; Christian Dominicé fait observer avec raison à ce propos qu'« en droit des gens, la reconnaissance d'une situation territoriale est précisément un acte par lequel un Etat assume l'obligation de ne plus contester la situation reconnue. Dès lors qu'elle constatait l'existence d'une telle reconnaissance, la Cour devait se borner à en tirer les conséquences. Si l'on veut parler ici d'*estoppel*, celui-ci n'est que l'effet juridique de la reconnaissance, et non pas une institution juridique autonome dont on pourrait rechercher les éléments constitutifs » ⁵⁹⁷. De même, dans l'*affaire de la sentence arbitrale rendue*

589. D'autres actes juridiques, et notamment les actes conventionnels et les promesses, ont également incité des internationalistes à se référer à la théorie de l'*estoppel* pour décrire leurs effets.

590. Cf. Charpentier, *Reconnaissance*, p. 5, Jacqué, *op. cit.*, p. 337.

591. Cf. Jacqué, *loc. cit.*

592. Cf. Suy, *op. cit.*, p. 207, Jacqué, *loc. cit.*

593. Voir l'affirmation de Schwarzenberger reproduite *supra*, p. 185 *in fine*, à laquelle Suy *op. cit.*, p. 208 semble s'être rallié.

594. Cf. *supra*, par. 73, pp. 194-204.

595. *Supra*, pp. 195 *in fine* - 196.

596. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 96-103. Voir également *supra*, p. 203 *in fine*.

597. Dominicé, *Estoppel*, p. 349. Dans le même sens : Mosconi, *Estoppel*, p. 402, Lang, *op. cit.*, p. 52.

par le roi d'Espagne⁵⁹⁸, la C.I.J. a déclaré — sans estimer nécessaire de se prononcer sur la question de l'*estoppel*, que les Parties au litige avaient largement débattue — que le Nicaragua avait, par ses déclarations expresses et par son comportement, reconnu le caractère valable de la sentence et n'était plus en droit de revenir sur cette reconnaissance pour contester la validité de la sentence ; on peut donc souligner, avec Victor Louis, que « la seule conclusion que l'arrêt ... permet de tirer est que l'*acquiescement à une sentence arbitrale* empêche l'auteur de cette reconnaissance de contester la validité de la sentence »⁵⁹⁹, et l'on peut affirmer, avec Jack Lang, que, dans cette affaire, « l'*estoppel* n'est (contrairement à l'opinion de M. Alfaro) d'aucun secours pour démontrer que pèse sur le Nicaragua l'obligation juridique d'exécuter la sentence ; cette obligation est en vérité la conséquence de la 'reconnaissance' par le Nicaragua du 'caractère valable de la sentence' ; l'*estoppel* sert tout au plus à décrire cette 'conséquence' »⁶⁰⁰. L'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'*affaire du temple de Préah Vihear*⁶⁰¹ appelle des remarques similaires, puisque cette haute instance n'a tenu compte qu'à titre secondaire de l'argument d'*estoppel* avancé par le Cambodge et a conclu, après avoir consacré l'essentiel de sa démonstration à la reconnaissance par la Thaïlande de la souveraineté cambodgienne sur la région litigieuse, que « Les deux Parties ont, par leur conduite, reconnu la ligne et par là même elles sont effectivement convenues de la considérer comme étant la frontière »⁶⁰² ; Suzanne Bastid considère à juste titre qu'« en dernière analyse, la Cour fait état d'une reconnaissance issue d'un comportement »⁶⁰³, et Jack Lang compte cette affaire parmi celles où l'*estoppel* apparaît comme une institution inutile parce qu'il n'est qu'un mode de constatation de l'engagement de l'Etat, faisant remarquer que « Dans ces hypothèses, l'*estoppel* ne comporte aucun effet juridique propre ; c'est un simple terme destiné à décrire les effets d'un comportement antérieur par lequel l'Etat s'est clairement engagé : un Etat a-t-il expressément reconnu une ligne frontière, nul besoin d'en appeler à la fameuse maxime — 'On ne peut à la fois souffler le chaud et le froid' — pour déclarer l'Etat déchu de son droit de contester la ligne frontière ; l'irrecevabilité de sa prétention ne résulte pas de l'application de l'*estoppel*, mais découle de la reconnaissance par cet Etat de la ligne frontière »⁶⁰⁴. On pourrait mentionner encore d'autres affaires à ce sujet, et notamment l'*affaire Croft*⁶⁰⁵, l'*affaire*

598. Cette affaire est présentée *supra*, p. 111-121. Voir également *supra*, p. 203 *in fine*.

599. Louis, *Estoppel*, p. 229 (nos italiques).

600. Lang, *op. cit.* (note omise). Dans le même sens : Waelbroeck, *op. cit.*, p. 53, Mosconi, *Estoppel*, p. 403, Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, p. 181, Venturini, *op. cit.*, p. 378.

601. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 121-138. Voir également *supra*, p. 204.

602. C.I.J. *Recueil* 1962, p. 33.

603. Bastid, « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *op. cit.*, (*supra*, p. 121, note 242), p. 484 (nos italiques).

604. Lang, *op. cit.*, p. 52. Dans le même sens : Venturini, *op. cit.*, p. 371.

605. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 179-180. Voir également *supra*, p. 197.

de la frontière des Andes⁶⁰⁶ et l'affaire de la frontière occidentale indo-pakistanaise⁶⁰⁷.

On peut présenter les mêmes observations au sujet de la renonciation, qui s'entend de « l'acte par lequel un sujet de droit international abandonne volontairement un droit subjectif » et qui peut résulter « d'une manifestation expresse de volonté ou bien d'une série d'actes concrets »⁶⁰⁸. La renonciation est un acte juridique non formel (elle peut être implicite) mais, comme toute limitation de souveraineté, elle ne se présume pas⁶⁰⁹. Son effet juridique direct réside dans l'extinction du droit auquel il a été renoncé ; celui dont elle émane ne peut donc plus se prévaloir de ce droit, il s'oblige à ne jamais le revendiquer⁶¹⁰. Comme pour la reconnaissance, il paraît inutile de se référer à l'*estoppel* pour décrire cet effet, quoique l'on rencontre parfois une telle utilisation du terme⁶¹¹. On peut considérer par exemple que, dans le rapport qu'ils ont rédigé en 1878 au sujet d'un contrat d'emprunt, les conseillers juridiques du Gouvernement britannique n'ont parlé d'*estoppel* que pour expliquer les conséquences qui découlaient à leur avis pour leur gouvernement de sa renonciation implicite à ses droits⁶¹². De même, dans l'*affaire de la Guyane britannique*⁶¹³, on peut interpréter l'*estoppel* invoqué par le Venezuela comme une façon pratique de qualifier l'effet d'une renonciation, c'est-à-dire d'indiquer que la Grande-Bretagne, qui avait adopté pendant de nombreuses années la *Palmerston Line*, avait clairement renoncé au droit de présenter ultérieurement des revendications territoriales plus étendues sur la région litigieuse et que sa réclamation ne pouvait donc être admise⁶¹⁴. On peut estimer aussi qu'il est erroné de présenter la décision rendue dans l'*affaire de*

606. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 89 *in fine* - 91. Voir également *supra*, p. 197.

607. Cf. *supra*, pp. 91-92. Voir également *supra*, p. 201.

608. Jacqué, *op. cit.*, p. 342. Voir également Suy, *op. cit.*, pp. 153-187. On ne saurait examiner ici la distinction que la majorité des auteurs établissent entre la renonciation abdicative, qui serait un acte unilatéral, et la renonciation translatrice, qui aurait toujours un caractère conventionnel — voir à ce sujet, Suy, *op. cit.*, pp. 155-157, et Jacqué, *op. cit.*, pp. 342-343.

609. Cf. Suy, *op. cit.*, pp. 157-159, Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, p. 355, par. 249, 5^o. Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, pp. 197 *in fine* - 198, souligne que la renonciation peut être implicite « quand la volonté de renoncer ressort d'actes ou d'attitudes qui ne peuvent raisonnablement s'interpréter que comme valant renonciation. »

610. Cf. Suy, *op. cit.*, p. 183, Benz, *op. cit.* p. 70, Cahier, *op. cit.*, pp. 247 *in fine* - 248, Jacqué, *op. cit.*, p. 343. Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, indique très clairement, p. 196 (note omise) : « Envisagée comme un acte juridique unilatéral, la renonciation entraîne par elle-même l'extinction du droit subjectif qui en est l'objet et l'impossibilité pour son auteur de s'en prévaloir, au moins à partir du moment où d'autres États ont manifesté leur volonté d'en faire leur profit. Elle est distincte d'une renonciation consignée dans une convention internationale, laquelle n'a d'effet que par l'acceptation expresse des contractants. »

611. En particulier chez Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 280-281 (à propos de l'*affaire Yukon Lumber Company*, que l'on examinera *infra*, p. 282). Akehurst, *op. cit.*, pp. 286, 288, 294-295, Menzel, *op. cit.*, p. 441.

612. Cf. *supra*, p. 75.

613. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 140-141.

614. C'est l'avis de Mosconi, *Estoppel*, p. 400.

l'indemnité russe comme un cas d'application implicite de *l'estoppel*⁶¹⁵, et souligner, avec des commentateurs⁶¹⁶, que la C.P.A. a fait état de la renonciation russe aux intérêts de la dette et en a tiré les conséquences⁶¹⁷. On peut noter également, avec Christian Dominici⁶¹⁸, que, dans *l'affaire Landreau*⁶¹⁹, le tribunal n'a employé le terme d'*estoppel* que pour décrire l'effet qu'il aurait conféré à une renonciation si les conditions d'une telle renonciation lui avaient paru réunies. On peut affirmer par ailleurs que plusieurs des décisions que Michael B. Akehurst a mentionnées au titre de *l'estoppel* se rapportent en fait aux conséquences que les tribunaux administratifs internationaux ont déduites dans certains cas, sans se référer du reste à *l'estoppel*, de la renonciation implicite par un fonctionnaire à l'un de ses droits⁶²⁰.

Comme on le verra⁶²¹, *l'estoppel* strictement défini n'intervient en matière d'actes juridiques internationaux que dans le cas où une Partie ne s'est pas originairement engagée ou n'a pas accepté une certaine obligation, ou qu'il y ait possibilité d'en douter, mais où les déclarations, actes ou comportements ultérieurs de cette Partie ont été tels, et ont eu des conséquences telles, que l'on ne peut l'autoriser à dénier l'existence de l'engagement en question ou à contester qu'elle soit liée.

75. Utilisation du terme d'*estoppel* pour définir simplement la déchéance encourue par une Partie en raison de la non-observation des prescriptions d'une règle juridique. — Un tel recours à la notion d'*estoppel* n'est pas des plus heureux car, comme Christian Dominici l'a fort bien souligné, « à chaque fois qu'il y a déchéance d'un droit ou irrecevabilité d'une prétention par le fait que l'intéressé n'a pas sauvegardé ce droit ou la possibilité d'émettre sa prétention conformément aux prescriptions d'une norme précise, c'est celle-ci qui trouve application devant le juge, et non pas un principe général de forclusion (*estoppel*), même si les effets de l'application de la règle sont

615. Cf. *supra*, pp. 178-179.

616. Notamment Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, p. 198, et Mosconi, *Estoppel*, pp. 400-401.

617. Comme on l'a déjà indiqué *supra*, p. 179, et comme on le réaffirmera *infra*, p. 211, il paraît à vrai dire plus exact de considérer que, de l'avis de la C.P.A., la forclusion découlait ici pour la Russie de sa non-observation des prescriptions d'une règle juridique relative à la mise en demeure du débiteur.

618. Dominici, *Estoppel*, p. 341.

619. Cette affaire est présentée *supra*, p. 81.

620. Voir les affaires mentionnées par Akehurst, *op. cit.*, p. 288, note 12, et pp. 294-296. Cet auteur se réfère notamment, p. 294, à *l'affaire Waghorn* (cf. *Organisation internationale du Travail. Tribunal administratif. Jugement N° 28 du 12 juillet 1957*), dans laquelle le tribunal a déclaré qu'« en acceptant à diverses reprises et sans aucune réserve les versements déjà considérables et généreux effectués en sa faveur par l'Organisation, le requérant peut être considéré, en vertu des principes généraux du droit, comme ayant acquiescé aux offres réelles qui lui étaient faites et comme ayant abandonné le surplus de ses prétentions. »

621. Cf. notre analyse de la théorie stricte de *l'estoppel* en droit des gens, *infra*, 3^e Partie, p. 254 et ss.

précisément une forclusion »⁶²². Certes, cet auteur fait observer à juste titre que si les différents systèmes de droit interne contiennent à cet égard des règles très strictes, en particulier quant aux formes et aux délais, et prévoient que la déchéance se produit dès que ceux-ci n'ont pas été respectés, le droit des gens n'offre pas le même degré d'élaboration technique et il peut en résulter certaines incertitudes⁶²³. C'est la raison pour laquelle des arbitres, des avocats et des auteurs ont considéré que l'*estoppel* largement défini pouvait constituer, dans certains cas, un *ersatz*, un substitut de telle ou telle règle que le droit international ne paraissait pas avoir reçue ou dont il n'avait pas fixé les conditions d'application d'une façon aussi précise que le droit interne. Cette conception extensive de l'*estoppel* est hautement critiquable, car elle est source de graves confusions sur le plan de la théorie du droit.

On ne saurait partager par exemple l'avis de Hersch Lauterpacht selon lequel la C.P.A. a retenu l'*estoppel* invoqué par les Etats-Unis dans l'*affaire du fonds pieux des Californies*⁶²⁴, car on doit considérer qu'elle leur a donné gain de cause en déclarant — se rapportant à une règle de procédure généralement admise — que le Mexique n'était plus recevable à contester la compétence de la Commission mixte qui avait rendu la sentence de 1875 parce qu'il aurait dû soulever l'exception d'incompétence *in limine litis*, c'est-à-dire devant la Commission mixte elle-même, et était par conséquent forclo à affirmer maintenant que cette sentence ne le liait pas⁶²⁵. On peut estimer également, contrairement à l'avis de certains auteurs, que la C.P.A. n'a pas appliqué l'*estoppel* dans l'*affaire de l'indemnité russe*⁶²⁶ puisqu'elle s'est référée à une règle juridique précise relative à la mise en demeure du débiteur, qui impose une obligation d'agir, et a considéré que le fait de ne pas s'être conformé aux prescriptions de cette règle impliquait une déchéance résultant du défaut d'agir⁶²⁷. On ne saurait non plus se rallier aux vues de ceux qui estiment, comme on l'a vu⁶²⁸, que l'*estoppel* peut jouer un rôle considérable en matière de consolidation d'un titre par le temps en raison de l'absence d'une théorie de la prescription acquisitive en droit des

622. Dominicé, *Estoppel*, p. 353.

623. *Ibid.*, p. 363 (ce passage de l'étude de Dominicé est reproduit *supra*, note 516, p. 189).

624. Cf. *supra*, note 68, p. 80.

625. Cf. Dominicé, *Estoppel*, p. 343. Cet auteur présente la même observation, pp. 342-343, en ce qui concerne la question de la recevabilité des griefs de nullité — dits « griefs extrinsèques » — que le Nicaragua avait formulés à l'encontre de la sentence d'Alphonse XIII dans l'*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne* (cf. *supra*, pp. 112, 118) : on peut considérer en effet qu'en déclarant que le Nicaragua avait participé sans réserve à la mise sur pied du tribunal et à la procédure au fond et qu'il n'était dès lors plus en droit de faire valoir des griefs de nullité fondés sur l'incompétence de l'arbitre, la C.I.J. s'est référée à la règle selon laquelle les exceptions d'incompétence doivent être soulevées *in limine litis* et à a déduit la forclusion de la non-observation de cette règle.

626. Cf. *supra*, pp. 178-179 et pp. 209 *in fine* - 210.

627. C'est l'avis de Dominicé, *Estoppel*, pp. 351-352 et p. 362.

628. *Supra*, p. 124 et p. 124, note 250.

gens, et l'on doit souligner bien plutôt que ce dernier se réfère généralement dans ce contexte à des institutions — notamment à celles de la reconnaissance ou de l'acquiescement — qui s'appliquent indépendamment de tout *estoppel* ⁶²⁹.

76. Utilisation du terme d'*estoppel* pour définir simplement la déchéance encourue par une Partie en raison du caractère illicite de l'un de ses actes. — On a vu que des avocats, des arbitres et des juges ont estimé possible d'affirmer dans certaines affaires — en particulier dans l'affaire de l'interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie ⁶³⁰, dans l'affaire *Losinger* ⁶³¹, dans l'affaire *Flegenheimer* ⁶³² et dans l'affaire *Nottebohm* ⁶³³ — que la règle universellement reconnue selon laquelle une Partie ne saurait pouvoir tirer profit de son propre tort est à considérer comme une application de l'*estoppel*, et qu'ils se sont généralement référés à ce propos à un passage bien connu de l'arrêt rendu par la C.P.J.I. dans l'affaire de *Chorzów*, aux termes duquel « Une Partie ne saurait opposer à l'autre le fait de ne pas avoir rempli une obligation ou de ne pas s'être servi d'un moyen de recours, si la première, par un acte contraire au droit, a empêché la seconde de remplir l'obligation en question, ou d'avoir recours à la juridiction qui lui aurait été ouverte » ⁶³⁴. On a indiqué que si certains auteurs paraissent avoir souscrit entièrement à cette vue des choses, d'autres se sont en revanche élevés à juste titre contre une conception aussi large de l'*estoppel* ⁶³⁵. Ils ont eu raison de souligner que la matière des actes illicites est régie par diverses règles qui définissent les effets des actes contraires au droit et que la règle énoncée par la Cour permanente dans l'affaire de *Chorzów* ne peut être prise en considération dans le cadre de la théorie de l'*estoppel* en droit des gens, parce qu'elle ne fait aucune allusion à l'*estoppel* et à ses éléments constitutifs et qu'elle est parfaitement consistante en elle-même ⁶³⁶. On peut estimer, ici aussi, que le recours à la notion d'*estoppel* n'est qu'une façon lapidaire de décrire une situation qui est réglée par des normes précises.

77. Remarques d'ordre terminologique ⁶³⁷. — Il est indéniable que le terme d'*estoppel* s'est introduit aujourd'hui dans le vocabulaire

629. L'*estoppel* strictement défini n'intervenant que s'il existe un doute sur cet acte de reconnaissance ou sur cet acquiescement.

630. Cf. *supra*, pp. 82-84 (Exposés du Royaume-Uni et des Etats-Unis) et p. 84 (Opinion dissidente de M. Read).

631. Cf. *supra*, pp. 104 *in fine* - 105 (Mémoire du Gouvernement suisse).

632. Cf. *supra*, p. 88, note 105 (Sentence).

633. Cf. *supra*, p. 109, note 193 (Plaidoirie de M. Sauser-Hall (Liechtenstein)).

634. Références données *supra*, p. 83, note 79.

635. Cf. *supra*, p. 190, note 517.

636. Voir en particulier Friede, *Estoppel*, p. 525, Louis, *Estoppel*, p. 225, et Dominici, *Estoppel*, pp. 361-362 et p. 363, *litt. b*).

637. On ne revient pas ici sur les observations terminologiques de caractère plus général que l'on a présentées dans l'Introduction, *supra*, pp. 1-2, 4-5.

juridique international, et qu'aucun ouvrage général de droit international public ne saurait le laisser de côté. Un certain flottement terminologique subsiste néanmoins, en raison même des diverses conceptions de l'*estoppel* en droit des gens, et des commentaires paraissent s'imposer tout particulièrement en ce qui concerne l'équivalence que des avocats, des arbitres, des juges et des auteurs ont cru pouvoir établir à plusieurs reprises entre les notions de forclusion (*preclusion*) et d'*estoppel* ⁶³⁸.

Comme on le sait, les divers systèmes de droit interne donnent un sens précis aux notions procédurales de forclusion et de déchéance, qu'ils lient généralement à l'expiration d'un délai ou à l'exercice irrégulier d'un droit ⁶³⁹. Comme on l'a noté ⁶⁴⁰, la procédure internationale ne revêt pas le même degré d'élaboration technique et il en est résulté des incertitudes qui ont entraîné, dans certains cas, une confusion des notions d'*estoppel* (au sens large) et de forclusion. Cette indétermination terminologique se rencontre notamment — on l'a constaté ⁶⁴¹ — dans le *Dictionnaire de la terminologie du droit international* (1960) qui, après avoir donné une définition extensive de l'*estoppel*, renvoie le lecteur au terme de forclusion, défini comme la « déchéance qui met obstacle à ce qu'un droit puisse être invoqué parce qu'il ne l'a pas été en temps voulu, ou parce que son titulaire y a renoncé expressément ou tacitement ». On a souligné que l'*estoppel* largement entendu ne se présente pas comme une institution juridique autonome, mais comme une manière pratique et sommaire de décrire la forclusion qui peut intervenir en vertu de règles concrètes du droit des gens ⁶⁴², et l'on a noté que de vives critiques se sont élevées contre un tel emploi du terme ⁶⁴³. Certains commentateurs sont même allés jusqu'à souhaiter l'élimination complète du terme d'*estoppel* du langage juridique international, faisant notamment

638. Cf. *supra*, p. 85 (affaire des Minquiers et des Ecréhous, Réplique du Royaume-Uni), p. 86 (affaire de l'incident aérien du 27 juillet 1955, Memorial of Israel), p. 87 (affaire du Sahara occidental, Opinion individuelle de M. Dillard), pp. 90-91 (affaire de la frontière des Andes, sentence), p. 101 (affaire du Statut juridique du Groënland oriental, Exposé de M. De Visscher (Danemark)), p. 117 (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, Oral Argument of Mr. Jessup (Nicaragua)), p. 127-128, et pp. 130-131 et 133-134 (affaire du temple de Préah Vihear, respectivement Opinion individuelle de M. Alfaro, Opinion individuelle de sir Gerald Fitzmaurice et Opinion dissidente de sir Percy Spender), p. 158 (affaire de la Barcelona Traction (1964), Première exception préliminaire du Gouvernement espagnol), p. 184, note 482 (définition de l'*estoppel* donnée par le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*), pp. 187-188 (commentaire de sir Humphrey Waldock, Rapporteur spécial de la Commission du droit international des Nations Unies). Et voir également Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 203, 204, 206, 253, MacGibbon. *Estoppel*, pp. 470 *in fine*, 508, Cot, *Préah Vihear*, p. 244, Verzijl, *Preah Vihear*, pp. 248 *in fine* - 249, 261-262, Jenks, *International Adjudication*, pp. 268, 328-330, 416, Louis, *Estoppel*, pp. 221, 226-234, Venturini, *op. cit.*, pp. 395, 415, Luchini, *op. cit.*, p. 297, Slouka, *op. cit.*, pp. 169-179, Ch. De Visscher, *De l'équité*, p. 84.

639. Cf. Dominicié, *Estoppel*, p. 363.

640. *Supra*, par. 75, pp. 210-212.

641. *Supra*, p. 184, note 482.

642. Cf. *supra*, Chapitre V, p. 193 et ss.

643. Cf. *supra*, pp. 189-190.

observer que « the neutral term 'preclusion' is perhaps to be preferred in international law to the essentially Anglo-American and somewhat technical doctrine of 'estoppel' »⁶⁴⁴. Cette vue extrême ne saurait être retenue, puisque le droit international s'est clairement prononcé en faveur de l'*estoppel* strictement défini. En revanche, on peut souscrire pleinement aux conclusions de Christian Dominicé, qui a indiqué :

« Il y aurait intérêt à distinguer la forclusion de l'*estoppel*, dans ce sens que la forclusion désigne simplement une déchéance, elle décrit un effet juridique, et ne constitue pas un principe de droit, la cause de la forclusion étant, elle, une institution juridique. Tandis qu'il y a lieu de réserver le terme d'*estoppel* pour l'institution juridique particulière, dont nous avons rencontré la définition, qui fixe les conditions dans lesquelles un Etat peut être définitivement lié par des comportements qui pourtant par eux-mêmes n'étaient pas de nature à créer une obligation ou à engendrer la perte d'un droit. »⁶⁴⁵

On voit mal, dans ces conditions, pourquoi certaines autorités — et notamment M. Wellington Koo et sir Percy Spender dans leurs opinions dissidentes jointes à l'arrêt de la C.I.J. dans l'*affaire du temple de Préah Vihear*⁶⁴⁶ — ont parfois préféré parler de forclusion plutôt que d'*estoppel*, alors même qu'ils donnaient de la « forclusion » une définition calquée sur celle de l'*estoppel by representation* de la *common law*. Cette réticence à utiliser le terme d'*estoppel*, tout en retenant les traits fondamentaux de la théorie de l'*estoppel by representation*, tenait probablement aux critiques dont cette théorie avait été l'objet sur le plan international parce que, propre à un système juridique particulier, elle se caractérisait par des aspects techniques compliqués et ne paraissait pas s'appliquer avec tous ses raffinements aux relations interétatiques. Cette préférence marquée pour le terme de forclusion n'était cependant guère acceptable dans un tel cas, et l'on peut soutenir qu'elle n'est plus admissible depuis que la C.I.J. n'a pas hésité à employer à deux reprises le terme d'*estoppel*, en le définissant strictement⁶⁴⁷.

78. Réception par le droit international de l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law*. Problèmes à examiner. — L'analyse de la jurisprudence internationale, et en premier lieu des arrêts et avis consultatifs de la Cour de La Haye, permet d'affirmer que le droit international a reçu l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law*, puisqu'il en a retenu les éléments essentiels en les transposant de l'ordre interne dans l'ordre international et

644. Johnson, *Preah Vihear*, p. 1200, note 45.

645. Dominicé, *Estoppel*, p. 365 (notes omises).

646. Cf. *supra*, pp. 132-138.

647. Cf. *supra*, pp. 162-164 (*affaire de la Barcelona Traction* (1964)), pp. 167-170 (*affaires du plateau continental de la mer du Nord*).

en les adaptant aux situations visées ⁶⁴⁸ — étant entendu qu'une règle qui préside aux rapports entre sujets du droit international ne peut pas être exactement la même que celle qui régit les relations des individus entre eux ⁶⁴⁹. Telle semble être aujourd'hui l'opinion de la majorité des auteurs ⁶⁵⁰.

On constate cependant que tout en admettant l'applicabilité en droit des gens de l'*estoppel* ainsi défini, les tribunaux internationaux ne l'ont pas appliqué jusqu'ici — si ce n'est, à titre complémentaire, dans l'*affaire Corvaia* ⁶⁵¹ — parce que ses différents éléments constitutifs ne leur ont jamais paru réunis. On constate également que si des avis variés ont été émis par des plaideurs, des arbitres et des juges dans leurs opinions jointes aux décisions, de même que par des auteurs, au sujet de la nature juridique, de la portée et des effets exacts de la règle de l'*estoppel* rigoureusement construit en droit des gens, les décisions internationales elles-mêmes ne contiennent pas d'indications précises à ce sujet. On se trouve donc manifestement devant une théorie en pleine expansion, qui soulève de nombreuses questions et au sujet de laquelle il est difficile d'arrêter d'ores et déjà une doctrine cohérente. Partant d'une conception restrictive de l'*estoppel*, on s'attachera à examiner et l'on tentera de résoudre dans la troisième Partie des problèmes souvent analogues à ceux que la *common law* a dû et doit encore affronter dans ce domaine. L'une de ces questions, capitale, est celle de savoir si l'*estoppel* peut constituer en droit international le fondement même d'une action en justice ou s'il opère uniquement comme moyen de défense ^{651 bis}.

Il convient au préalable de se pencher sur la question théorique, liée au problème des sources du droit international, de savoir par quelle voie l'*estoppel by representation*, règle de la *common law*, s'est introduit dans le droit des gens (*infra*, Chapitre VI). Il convient également d'étudier les raisons pour lesquelles le droit international n'a pas porté son attention sur la théorie de l'*estoppel by res judicata* et de voir si certains aspects de cette théorie seraient de nature à pouvoir l'intéresser (*infra*, Chapitre VII).

648. Cf. *supra*, Chapitre III, pp. 139-172.

649. Voir les remarques présentées à ce sujet par Marie-Françoise Furet, « L'application des concepts du droit privé au droit international public » *R.G.D.I.P.* 1964, pp. 915-916.

650. Cf. *supra*, par. 71, pp. 191-192.

651. Cf. *supra*, pp. 141-142.

651 bis. Cette importante question est examinée de façon approfondie *infra*, par. 89, pp. 260-271.

CHAPITRE VI

PROCESSUS DE LA RÉCEPTION PAR LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INSTITUTION DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION DE LA COMMON LAW

79. Remarques introductives. — Selon quel processus le droit international peut-il s'incorporer une institution élaborée par un système de droit interne ? Cette importante question, qui a donné lieu à une vaste littérature⁶⁵², place le chercheur devant le problème des sources formelles du droit des gens, c'est-à-dire — selon la formule de Paul Reuter — des « procédés extérieurs (organes, procédures, formes) par l'intermédiaire desquels les règles juridiques prennent corps dans la société internationale »⁶⁵³.

Comme on le sait, l'article 38 du Statut de la C.I.J. précise quelles sont les diverses sources du droit international, qu'il énumère comme suit à son paragraphe premier :

« 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :

- a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant les règles expressément reconnues par les Etats en litige ;
- b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ;
- c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;

652. Cf. notamment Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), vol. I, pp. 77-81, Jacqué, *op. cit.*, pp. 37-46, et les différents ouvrages mentionnés *infra*, note 663, p. 219.

653. Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 52. Michel Virally, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Genève : Faculté de droit et Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, ci-après mentionné « Virally 'Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international' »), p. 535, note 10, déclare préférer parler de « modes de formation du droit » pour désigner ce que la doctrine baptise, d'après la terminologie traditionnelle, « source formelles », en raison des confusions que le terme « sources » entretient.

- d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.»,

en ajoutant, à son paragraphe 2 :

« 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex æquo et bono*. »⁶⁵⁴

On ne saurait mentionner ici les nombreuses difficultés d'interprétation que cet article présente ni examiner les questions fondamentales qu'une telle énumération des sources soulève, notamment celle de savoir si l'on peut la considérer comme exhaustive ou si l'on devrait la compléter en introduisant d'autres sources de droit, en particulier les actes unilatéraux émanant des Etats et des Organisations internationales. Il ne paraît pas nécessaire en effet, aux fins de la présente étude, de se pencher sur ces différents problèmes, qui ont été analysés de manière approfondie par la doctrine internationale⁶⁵⁵. On ne donnera des indications à leur sujet que lorsque l'exposé l'exigera⁶⁵⁶.

On peut tirer des dispositions de cet article l'existence des trois sources formelles du droit international : les conventions, la coutume et les principes généraux de droit. La jurisprudence, « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », ne constitue pas une source formelle, mais certaines constatations s'imposent à son sujet : si, contrairement au système de la *common law*, le droit international ne connaît pas la règle du *stare decisis*, relative à l'autorité des précédents judiciaires⁶⁵⁷, et n'admet donc pas que les décisions arbitrales et judiciaires sont la source de règles générales, il considère néanmoins que la jurisprudence peut jouer un rôle important dans la formation des règles coutumières, notamment en ce qui concerne le

654. Cf. *C.I.J. Actes et documents* N° 1, 2^e éd., p. 46. L'article 59 du Statut (mentionné à l'article 38, par. 1, al. d) a trait au caractère relatif de l'autorité de la chose jugée et dispose : « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé » (*ibid.*, p. 49). On peut considérer — avec Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, p. 293 — que ce Statut est le code de procédure le plus important du droit des gens : il constitue l'aboutissement de toute une pensée juridique, et son autorité est telle qu'il a servi de modèle à de nombreuses reprises sur le plan international.

655. Dans leur ensemble, les traités, manuels et ouvrages généraux de droit international public ont examiné ces différents problèmes et pris position à leur sujet. Il en va de même pour nombre de monographies et d'articles, parmi lesquels on peut signaler Max Sørensen, *Les sources du droit international* (Copenhague : Munksgaard, 1946, ci-après mentionné « Sørensen, *Les sources du droit international* » et Michel Virally, « The Sources of International Law », *Manual of Public International Law* (edited by Max Sørensen ; Londres : Macmillan/New York : St. Martin's Press, 1968, ci-après mentionné « Virally, 'The Sources of International Law' »), p. 116 et ss.

656. Cf. *infra*, pp. 217-218, par. 80, pp. 219-228, par. 83, pp. 242-246.

657. Aglion, *op. cit.*, p. 222 (sous *Stare decisis*) indique que « La doctrine du *stare decisis* repose sur le principe que l'interprétation donnée par un tribunal compétent à une règle de droit doit être considérée comme ayant force obligatoire tant qu'elle n'a pas été expressément abandonnée par une décision ultérieure d'un tribunal du même rang. »

« droit judiciaire », c'est-à-dire les règles de procédure qui doivent être suivies devant les tribunaux internationaux⁶⁵⁸ — et c'est là, comme on le verra⁶⁵⁹, un point qui n'est pas dénué d'intérêt s'agissant de la réception de l'institution de l'*estoppel* par le droit international. Il est clair, en revanche, que la doctrine des publicistes ne saurait en aucun cas être créatrice de droit, quelle que soit l'importance que des avocats, de même que des arbitres ou des juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, lui accordent souvent, et à juste titre, en vue de définir ou de préciser telle ou telle règle de droit. Quant à l'« équité » au sens de l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la C.I.J., elle s'entend de la faculté pour un tribunal international, si les Parties sont d'accord, de statuer sur une base autre que celle des règles de droit et se distingue dès lors du droit positif ; il est donc erroné de la confondre avec l'*equity* du droit anglo-américain qui, comme l'a fort bien souligné Paul De Visscher, forme « un ensemble cohérent de règles de droit positif, correctrices de la rigueur de la *common law* »⁶⁶⁰, et l'on ne peut par conséquent se rallier aux vues de ceux qui ont cru pouvoir présenter l'*estoppel by representation* (ou *equitable estoppel*) reçu par le droit des gens comme une « institution d'équité »⁶⁶¹.

Théoriquement donc, l'*estoppel by representation*, institution de la *common law*, a pu s'introduire dans le droit international par la voie conventionnelle, par la voie coutumière, ou en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées ». On peut écarter d'emblée la première de ces hypothèses, parce qu'aucun instrument conventionnel n'a prévu jusqu'ici l'application de l'*estoppel*. Les deux autres hypothèses appellent en revanche de nombreux commentaires, car on rencontre des avis variés à leur sujet, principalement dans la doctrine internationale, en raison même des diverses conceptions de l'*estoppel* en droit international. Il est à signaler

658. Voir les observations présentées à ce sujet par Lazare Kopelmanas, « Custom as a Means of the Creation of International Law », *B.Y.B.I.L.* 1937, p. 141 et ss., Michel Virally, *La pensée juridique* (Paris : L.G.D.J., 1960, ci-après mentionné « Virally, *La pensée juridique* »), pp. 166-167, et « The Sources of International Law », pp. 150-152, par. 3.27.

659. *Infra*, pp. 243 in fine - 246.

660. Paul De Visscher, *op. cit.*, p. 115, qui se réfère aux considérations fort pertinentes développées à ce sujet par sir Gerald Fitzmaurice dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à l'arrêt prononcé par la C.I.J. dans l'*affaire de la Barcelona Traction* (2^e phase, 1970), *C.I.J. Recueil* 1970, p. 86. Voir également Friedmann, *op. cit.* p. 197.

661. Certes, les auteurs qui ont émis cet avis — notamment sir Humphrey Waldock, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1963, vol. II, p. 42 (cité *supra*, par. 70, p. 187), Jenks, *International Adjudication*, pp. 326-327, 415-416, Ch. De Visscher, *De l'équité*, p. 50, Vallée, *Estoppel*, p. 981, note 107 — se sont indéniablement référés à l'équité *infra legem*, c'est-à-dire à l'équité envisagée comme un moyen d'atténuer une application rigoureuse du droit qui conduirait à des résultats choquants et injustes, et leur exposé indique clairement qu'ils se sont rapportés à l'institution de l'*estoppel by representation* dans son sens le plus large. Une telle formule ne paraît cependant pas des plus heureuses, en raison des incertitudes et des confusions que l'on rencontre dans la jurisprudence et la doctrine internationales — comme l'a fort bien noté Rousseau, *Droit international public* (1971), vol. I, par. 319-323, pp. 400-405 — au sujet de l'équité en droit des gens.

que si certains tribunaux arbitraux ont paru considérer l'*estoppel* reçu par le droit des gens comme un principe général de droit commun à divers systèmes juridiques, en soulignant les analogies qu'il présentait à leur avis avec d'autres institutions juridiques (généralement tirées du droit romain)⁶⁶², la Cour de La Haye n'a pas jugé nécessaire quant à elle d'indiquer la source formelle du droit international en vertu de laquelle elle était habilitée à transposer l'institution de l'*estoppel* de l'ordre interne à l'ordre international.

On examinera en premier lieu la thèse, la plus fréquemment soutenue, selon laquelle l'*estoppel* trouve place dans le droit international en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées », et on la rejettera, car si elle peut paraître fondée au titre de la conception extensive de l'*estoppel*, elle ne semble pas s'accorder avec la théorie stricte de l'*estoppel* que le droit des gens a retenue (Section I). On s'attachera alors à montrer que l'institution de l'*estoppel* rigoureusement défini doit être considérée comme partie de la coutume internationale — grâce, en particulier, à sa réception par des décisions arbitrales et judiciaires (Section II).

Section I

L'INSTITUTION DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION S'EST-ELLE INTRODUITE DANS LE DROIT DES GENS EN TANT QUE « PRINCIPE GÉNÉRAL DE DROIT RECONNU PAR LES NATIONS CIVILISÉES » ?

80. La notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye. Nombre d'auteurs ont étudié la genèse de l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la C.I.J. (article 38, paragraphe 3, du Statut de la C.P.J.I.) et se sont prononcés sur la portée qu'il convient d'accorder à cette disposition, en émettant des opinions fort divergentes⁶⁶³. Il n'y a pas lieu de faire état ici de l'ensemble de ces avis,

662. Cf. *supra*, par. 47, pp. 87-92.

663. La plupart des traités, manuels et ouvrages généraux de droit international public, de même que quantité de monographies et d'articles, donnent des indications détaillées à ce sujet. On peut mentionner, entre autres, Lauterpacht, *Private Law Sources*, Georges Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au statut de la Cour permanente de Justice internationale », *R.C.A.D.I.* 1933, vol. II, pp. 569-664, Bin Cheng, *op. cit.*, Lord McNair, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *B.Y.B.I.L.* 1957, pp. 1-19, Jenks, *International Adjudication*, pp. 266-315, Grigory I. Tunkin, *Droit international public, Problèmes théoriques* (traduit du russe par le Centre des Recherches sur l'U.R.S.S. et les Pays de l'Est de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg. Préface par Michel Virally ;

et il paraît suffisant de se pencher sur certains problèmes fondamentaux et de prendre position à leur sujet.

Il convient de se demander tout d'abord quels sont les « principes généraux » visés. Un examen des travaux préparatoires du Statut de la Cour de La Haye permet, semble-t-il, de le déterminer de façon précise, bien que des vues différentes aient été et soient encore avancées sur ce point par quelques commentateurs. Lorsque le Comité consultatif des Juristes chargé d'élaborer ce Statut⁶⁶⁴ s'est attaché à fixer les « normes matérielles » à appliquer par la Cour, un large débat s'est engagé sur la nature et le contenu desdits principes et deux tendances contradictoires se sont affrontées : les uns, affirmant que le droit des gens comportait de nombreuses lacunes et que l'on ne pouvait autoriser un tribunal à prononcer un *non liquet* en raison de l'insuffisance des règles juridiques, auraient souhaité étendre les pouvoirs du juge international et avaient proposé de se référer, à côté du droit conventionnel et du droit coutumier, aux « règles de droit international telles que les reconnaît la conscience juridique des peuples civilisés »⁶⁶⁵ ; les autres, tout empreints des conceptions

Paris : Pedone, 1965), pp. 119-127, Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 291-315, André Blondel, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, op. cit., pp. 201-236, Antoine Favre, « Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens », *ibid.*, pp. 366-390, Alfred Verdross, « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public » (ci-après mentionné « Verdross, 'Les principes généraux de droit' »), *ibid.*, pp. 521-530, Virally, « The Sources of International Law », par. 3.20-3.24, pp. 143-148, Géza Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (Budapest : Akadémia Kiadó, 1969), Rousseau, *Droit international public* (1971), par. 294-315, pp. 371-397.

664. Cf. *Cour permanente de Justice internationale. Comité consultatif des Juristes. Procès-verbaux des séances du Comité (16 juin-23 juillet 1920), avec annexes* (La Haye, 1920, ci-après mentionné « C.P.J.I. Comité consultatif des Juristes, procès-verbaux »). Ce comité était composé de MM. Adacti (Japon), Altamira (Espagne), Bevilacqua (Brésil), du baron Descamps (Belgique), de MM. Hagerup (Norvège), de La Pradelle (France), Loder (Pays-Bas), de Lord Phillimore (Angleterre), et de MM. Ricci Busatti (Italie) et Root (Etats-Unis d'Amérique).

665. C.P.J.I. *Comité consultatif des Juristes, procès-verbaux*, p. 306, Annexe No 3. Cette formule, suggérée par le baron Descamps, avait trouvé l'appui de MM. Hagerup, de La Pradelle et Loder. Le baron Descamps avait notamment avancé qu'« il serait souverainement odieux de dire au juge, en face d'une solution manifestement conforme à la justice : 'votre tâche consiste à commettre un véritable déni de justice', sous prétexte que l'on ne trouve pas de convention ou de coutume déterminées » (*ibid.*, p. 323), et il avait cité, à l'appui de sa thèse, l'article 7 du projet de Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des Prises (déclaration de Londres de 1909) qui avait prévu l'application par cette Cour, à côté du droit conventionnel et du droit coutumier, des « principes généraux de la justice et de l'équité ». M. Hagerup avait fait valoir pour sa part qu'il serait bon d'établir une règle pour répondre à l'éventualité où une règle de droit conventionnel ou général ne serait applicable, et cela « afin d'éviter que la Cour ne se déclare incompétente (*non liquet*) faute de normes matérielles » (*ibid.*, p. 296). M. de La Pradelle avait préconisé de conférer à la Cour la plus large compétence possible en ce qui concerne les normes matérielles à appliquer (*ibid.*, pp. 295-296 et 312). Quant à M. Loder, il avait signalé que le droit néerlandais ne donnait pas aux juges la faculté de se déclarer incompétents à trancher un litige sous prétexte que la loi gardait le silence à son sujet, et que cette éventualité, qui équivalait à un déni de justice, devait être inadmissible aussi bien dans le domaine international que dans le domaine national (*ibid.*, p. 312). On se trouve placé ici devant le fameux problème des « lacunes du droit »,

positivistes, s'étaient élevés avec force contre cette formule en soulignant, notamment, qu'elle constituerait un élargissement de la juridiction de la Cour qui menacerait de la faire éclater toute entière⁶⁶⁶, qu'elle viendrait restreindre d'une manière inadmissible la liberté qu'ont les Etats de déterminer le contenu du droit international puisqu'elle les obligerait « à soumettre leurs différends à une Cour qui n'appliquerait pas seulement le droit, mais ce qu'elle considère comme la notion de droit, telle qu'elle existe dans la conscience des peuples civilisés »⁶⁶⁷, et ils étaient parvenus à la conclusion que l'on devrait se rapporter plutôt aux « principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés »⁶⁶⁸, en précisant — selon l'expression de l'un d'entre eux⁶⁶⁹ — qu'il s'agissait des principes « qui sont acceptés par toutes les nations *in foro domestico* ; tels certains principes de procédure, le principe de la bonne foi, le principe de la chose jugée, etc. ». Le Comité consultatif s'était finalement rallié aux vues de ces derniers, et c'est leur texte qui fut adopté par la première Assemblée de la S.D.N.⁶⁷⁰. La thèse des positivistes paraît donc avoir triomphé, et ces principes généraux ne doivent pas être confondus, par conséquent, avec le droit naturel ou des principes moraux, ou avec l'équité⁶⁷¹. La sous-commission de l'Assemblée de la S.D.N. qui avait été chargée d'examiner le projet de Statut mis au point par le Comité consultatif des Juristes avait d'ailleurs décidé de compléter le projet d'article 38 en introduisant un nouveau paragraphe relatif à la « faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono* »⁶⁷², indiquant ainsi nettement que les principes généraux visés ne se ramenaient pas à l'équité⁶⁷³. Contrairement à

qui a donné lieu à des avis très divergents dans la doctrine entre les partisans de l'école de droit naturel et les positivistes — voir les remarques fort pertinentes présentées à ce propos par Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (traduit de l'allemand par Henri Thévenaz ; Neuchâtel : Editions de la Baconnière, 1953), pp. 142-147, et par Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 264-267.

666. Cf. C.P.J.I., Comité consultatif des Juristes, *procès-verbaux*, pp. 293-294 (intervention de M. Root).

667. *Ibid.*, p. 294.

668. *Ibid.*, p. 344, Annexe I (formule suggérée par M. Root). Il est à signaler que M. Root avait souligné (*ibid.*, p. 309) que si les tentatives faites pour établir une Cour internationale des prises avaient échoué, c'était précisément parce que la Grande-Bretagne (principale Puissance navale de l'époque) avait voulu connaître la portée des « principes de justice et d'équité » visés à l'article 7 du projet de Convention — cf. *supra*, note 665 — et n'avait pu recevoir de réponse satisfaisante sur ce point.

669. *Ibid.*, p. 335 (intervention de Lord Phillimore).

670. Scerensen, *Les Sources du droit international*, pp. 30-33.

671. Voir les observations présentées à ce sujet par Ripert, *op. cit.*, pp. 575-579, Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 295-296, Blondel, *op. cit.*, pp. 234-235, P. De Visscher, *op. cit.*, p. 114, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I pp. 372 *in fine* - 373, par. 296.

672. Article 38, par. 4, al. 2, du Statut de la C.P.J.I. (art. 38, par. 2, du Statut de la C.I.J.).

673. Cf. Charles De Visscher, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, p. 415 et ss., et Ripert, *op. cit.*, p. 576, qui note : « Cette exclusion de l'équité est... conforme à l'idée que la Cour permanente est une véritable juridiction chargée de dire le droit ... La Cour ne peut écarter le droit au nom de l'équité, ni suppléer au droit absent en invoquant l'équité. »

l'opinion de certains auteurs⁶⁷⁴, on ne saurait non plus inclure dans ces principes les « principes généraux du droit international », expression commode mais vague, souvent employée, qui s'entend en réalité — comme Michel Virally l'a clairement souligné — « des règles de droit d'une grande généralité, donc très abstraites, assez fréquemment invoquées et appliquées dans la pratique pour que leur existence et leur validité ne puissent être mises en doute, et qui sont, par conséquent, d'origine coutumière. L'usage qui en est fait n'aboutit donc pas à l'apparition d'une catégorie juridique nouvelle »⁶⁷⁵.

On peut affirmer que, dans l'intention des auteurs du Statut de la Cour de La Haye, l'expression « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » s'entend des principes que le juge international est habilité à transposer de l'ordre interne à l'ordre international⁶⁷⁶. Il s'est agi, en d'autres termes, de faciliter une extension des sources du droit des gens en prévoyant l'application aux rapports internationaux de principes reconnus par le droit positif des principales nations, lorsque les circonstances sont similaires⁶⁷⁷. L'étude des documents de la Cour de La Haye permet de constater que les Parties ont fait un large usage de cette possibilité et ont invoqué à plusieurs reprises des principes de droit existant *in foro domestico* pour fonder l'un de leurs arguments, que des juges se sont souvent référés à cette disposition de l'article 38 dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, et que si la Cour a fait preuve pour sa part d'une grande prudence dans ce domaine, évitant d'utiliser l'expression de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » et préférant qualifier ces principes de « généraux », de « bien établis », ou encore de « ordinairement admis » ou de « généralement reconnus »⁶⁷⁸, elle a toutefois appliqué dans un certain

674. Notamment Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, p. 379, par. 300, et pp. 389-395, par. 311-313, qui, considérant que l'expression « principes généraux de droit » désigne à la fois les principes universellement admis dans les législations internes et les principes généraux de l'ordre juridique international, examine successivement, au titre de l'article 38, par. 1 c) du Statut de la C.I.J., les « principes communs à l'ordre juridique interne et à l'ordre juridique international (principes généraux du droit proprement dits) » et les « principes spéciaux à l'ordre juridique international (principes généraux du droit international) ».

675. Virally, « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », p. 532. Dans le même sens : Ripert, *op. cit.*, pp. 573-574, Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 295-296, 306-307, *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, p. 24, Marek, *op. cit.*, pp. 71-72, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 74-75.

676. Cf. P. De Visscher, *op. cit.*, p. 116.

677. D. Anzilotti, *Cours de droit international* (traduction de l'italien par G. Gidel du 1^{er} volume de la 3^e éd. ; Paris : Sirey, 1929), affirme, p. 117, que l'« on a voulu pousser jusqu'à la dernière limite la productivité ... des sources ».

678. Cf. P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 117-118, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, par. 289, p. 376. La C.P.J.I. ne s'est jamais référée expressément à l'article 38, paragraphe 3, de son Statut, et n'a pas utilisé l'expression « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » ; pour sa part, la C.I.J. n'a mentionné jusqu'ici qu'une seule fois l'article 38, par. 1 c), de son Statut (cf. *Plateau continental de la mer du Nord, arrêt, C.I.J. Recueil*, p. 21), et n'a parlé des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » qu'à trois reprises, une fois pour dire que les principes qui se trouvent à la base de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide

nombre de cas les principes que des Parties avaient invoqués en se fondant sur la disposition en question, ou en a reconnu l'applicabilité en droit des gens ⁶⁷⁹.

La question se pose de savoir si l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour internationale est constitutif ou déclaratoire de droit, c'est-à-dire s'il est exclusivement applicable à l'activité juridictionnelle de cette seule Cour ou si l'on doit considérer qu'il existe une règle du droit des gens selon laquelle ces principes généraux de droit font partie de l'ordre juridique international à côté du droit conventionnel et du droit coutumier. Il est loisible de tirer argument sur ce point du nouveau libellé de la première phrase de l'article 38, qui précise que « La Cour, dont la mission est de régler *conformément au droit international* les différends qui lui sont soumis, applique... » ⁶⁸⁰, pour affirmer que toutes les sources énumérées dans cet article sont des sources directes du droit international ⁶⁸¹. On constate d'ailleurs que la formule de l'article 38, paragraphe 1 c) a été reprise de manière littérale par différents traités d'arbitrage, et que diverses sentences arbitrales s'y sont expressément référées même en dehors de toute habilitation des Parties en litige ⁶⁸². Le recours aux principes généraux de droit et leur application se sont généralisés aujourd'hui à un tel point que l'on peut véritablement parler d'une règle coutumière autorisant toute instance arbitrale ou judiciaire internationale à considérer ces principes comme l'une des sources du droit international ⁶⁸³.

sont « des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel » (cf. *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23), une autre fois pour estimer inutile d'y recourir en l'espèce (cf. *Droit de passage sur territoire indien, fond, arrêt, Recueil 1960*, pp. 43-44). une fois enfin pour en écarter l'application (cf. *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, Recueil 1966*, p. 47). Et voir les remarques présentées *infra*, p. 227, au sujet des raisons qui expliquent cette prudence.

679. Cf. *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 24-27 et 946-1207, pour ce qui a trait au recours aux principes généraux de droit devant la C.P.J.I. Un tel catalogue n'a pas encore été établi en ce qui concerne la C.I.J., mais l'analyse de l'ensemble de sa documentation conduit à des conclusions similaires. Voir notamment Virally, « The Sources of International Law », p. 148, par. 3.24.

680. Nos italiques. L'article 38 du Statut de la C.P.J.I. ne contenait pas ce membre de phrase.

681. Cf. Verdross, « Les principes généraux de droit », p. 522.

682. Voir les exemples donnés à ce sujet par Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, par. 297, p. 374.

683. Des auteurs ont également signalé que les tribunaux d'Organisations régionales, comme la Cour de Justice des Communautés européennes et la Cour européenne des Droits de l'Homme, recourent largement aux principes généraux communs aux différents droits des Etats membres — cf. notamment Paul Reuter, « Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes du droit des gens* (Paris : Pedone, 1964), pp. 263-283, W. Lorenz, « General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *The American Journal of Comparative Law* 1964, p. 1 et ss. Il en va de même s'agissant de l'arbitrage « semi-international » (entre un Etat et une personne privée étrangère), en vue de soustraire les relations contractuelles à l'empire d'un droit national — cf. F.A. Mann, « Reflections on a Commercial Law of Nations », *B.Y.B.I.L.* 1957, pp. 20-51, J.F. Lalive, « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère (*Sapphire Intern.*

La référence aux « nations civilisées » a suscité de nombreux commentaires dans la doctrine internationale⁶⁸⁴. Dans l'idée des auteurs du Statut de la Cour, en 1920, il était clair qu'il convenait d'établir une distinction entre les nations en raison de leurs niveaux différents d'organisation sociale et politique⁶⁸⁵. La question se pose autrement aujourd'hui, puisque les Nations Unies ont atteint une quasi-universalité et que presque tous les Etats du monde dont devenus *ipso facto* parties au Statut de la C.I.J. conformément à l'article 93 de la Charte des Nations Unies. On doit considérer que l'expression « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » vise des principes communs aux différents systèmes de droit interne ayant atteint un niveau comparable de développement⁶⁸⁶.

Comme l'a fort bien noté l'éminent civiliste français Georges Ripert, un principe général, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, est « une règle, mais une règle générale et importante qui en commande d'autres. Le principe est règle, puisqu'il est direction de conduite... Les principes du droit sont des règles essentielles sur lesquelles sont greffées des règles secondaires d'application et de technique »⁶⁸⁷. Ainsi entendus, quels sont les principes généraux de droit interne les plus aptes à s'appliquer aux rapports internationaux ? Il paraît exact de considérer que seul un nombre limité d'entre eux est susceptible d'être incorporé dans l'ordre juridique international, en raison de la structure et des traits fondamentaux de celui-ci, et l'on peut affirmer, avec Paul Guggenheim, que c'est surtout « dans les questions dont le caractère intrinsèque correspond largement à celui du droit interne des Etats civilisés et pour lesquels le droit international n'a pas créé de norme de fond autre que celle qui stipule

Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company) », A.S.D.I. 1962, p. 273 et ss. (en particulier pp. 294-295), R.B. Schlesinger et J.H. Gündisch, « Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsgerichtsverfahren », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1964, Heft 1, p. 4 et ss. Des observations similaires ont été avancées au sujet du droit appliqué par les tribunaux administratifs des Organisations internationales — cf. par exemple Suzanne Bastid, « Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence », R.C.A.D.I. 1957, vol. II, pp. 478-487, Max Sørensen, « Principes de droit international public », R.C.A.D.I. 1960, vol. III (ci-après mentionné « Sørensen, 'Principes de droit international public' »), p. 29, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 76.

684. Cf. notamment J.L. Kunz, « Zum Begriff der 'Nation Civilisée' im modernen Völkerrecht », *Z.a.ö.R.V.* 1928, pp. 86-99, Dietrich Schindler, « Völkerrecht und Zivilisation », A.S.D.I. 1956, pp. 79-96, Sørensen, *Les sources du droit international*, pp. 139-141, et « Principes du droit international public », pp. 20-22, R.P. Anand, « Role of the 'New' Asian-African Countries in the Present International Legal Order », A.J.I.L. 1962, p. 383 et ss.

685. Il est à signaler que le Pacte de la S.D.N. avait établi lui-même une telle distinction à son article 22, en instituant trois types de mandat suivant le degré de développement de certains peuples.

686. Cf. Virally, « The Sources of International Law », p. 144, par. 3.21.

687. Ripert, *op. cit.*, p. 575. Contra : Mann, *op. cit.*, p. 36, qui se déclare en désaccord avec cette définition, faisant observer : « The fact that a rule is of a technical character does not mean that it does not, or cannot, constitute a general principle. To put the same point differently, it is the generality of the application of the rule, not the generality of the legal idea underlying it, that determines whether or not it is a general principle. Very little, if anything, is therefore to be gained by drawing a distinction between principles and rules. »

le pouvoir discrétionnaire des sujets de droit que l'on renvoie aux principes généraux de droit »⁶⁸⁸. Encore faut-il, comme l'a souligné à juste titre Paul De Visscher, que le principe visé ne soit pas simplement « reconnu » par le droit positif interne des principales nations, mais « qu'il soit effectivement appliqué car seule cette effectivité d'application est de nature à conférer à un principe de droit ce minimum de positivité auquel le Comité des juristes semble avoir été sensible »⁶⁸⁹.

Quelle est la méthode à suivre pour constater qu'un principe de droit interne bénéficie d'une reconnaissance si générale qu'il est susceptible d'être transposé en droit des gens ? La Cour de La Haye, on l'a vu⁶⁹⁰, s'est habituellement bornée à affirmer simplement l'existence d'un principe « bien établi » ou « ordinairement admis », sans se référer à l'article 38 de son Statut et sans chercher à démontrer ce qu'elle avançait⁶⁹¹ ; et si, à titre exceptionnel, elle a parlé d'un principe généralement reconnu par les juridictions nationales, elle n'a pas jugé nécessaire de fonder cette assertion sur des considérations de droit comparé, et elle a tenu à souligner, parallèlement, que l'usage de ce principe était également sanctionné par la jurisprudence internationale⁶⁹². Dans leur ensemble, les sentences arbitrales appellent des remarques similaires, quoique certaines d'entre elles aient pris soin de se référer aux dispositions de quelques droits nationaux pour établir que tel principe était généralement reconnu⁶⁹³. Doit-on considérer que la reconnaissance d'un principe général de droit, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, ne peut être prouvée que

688. Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, p. 299.

689. P. De Visscher, *op. cit.*, p. 116, qui ajoute : « Ainsi, de la même manière que la coutume suppose, en plus de l'*opinio juris*, une pratique effective, générale et constante, de même les principes généraux supposent une pratique effective dans la vie juridique interne. »

690. *Supra*, p. 222 *in fine*.

691. Voir les remarques présentées à ce sujet par Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public* (4^e éd. ; Paris : Pedone, 1970, ci-après mentionné « Ch. De Visscher, *Théories et réalités* (4^e éd.), », pp. 420-421.

692. Cf. *Usine de Chorzów, compétence*, arrêt N° 8, 1927, C.P.J.I. série A N° 9, p. 31, où la Cour s'est référée à un « principe généralement reconnu par la jurisprudence internationale, aussi bien que par les juridictions nationales », et *Détroit de Corfou, fond, arrêt*, C.I.J. Recueil 1949, p. 18, où elle s'en est rapportée à certains moyens de preuve indirects « admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale ».

693. Ainsi, dans l'*affaire Fabiani* (1896), entre la France et le Venezuela, l'arbitre unique (M. Adrien Lachenal, président de la Confédération suisse), a défini la notion de déni de justice « en consultant les principes généraux du droit des gens sur le déni de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine » et en se référant à des arrêts du Tribunal fédéral suisse et à des articles des codes de procédure civile français et allemand (cf. La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 356 et ss.). De même, dans l'*affaire du chemin de fer de Delagoa* (1900), entre les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et le Portugal, le tribunal — composé de trois arbitres suisses — a invoqué les « principes généraux communs des nations modernes » régissant la fixation des dommages-intérêts en se référant aux droits suisse, français et allemand, et en parvenant à la conclusion que le Portugal devait non seulement réparer le dommage subi effectivement (*damnum emergens*), mais aussi suppléer au gain manqué (*lucrum cessans*) et payer les intérêts simples (cf. La Fontaine, *Pasicrisie internationale*, p. 399 et ss.). On trouve d'autres exemples de ce type in Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 63 et ss., et Bin Cheng, *op. cit.*, *passim*.

par la concordance des différents systèmes juridiques internes dans le domaine envisagé, et, partant, qu'une analyse comparative de ces systèmes s'impose ? Si la plupart des auteurs paraissent estimer aujourd'hui que les principes généraux visés doivent être communs aux principales législations nationales et admettent, par conséquent, qu'une telle analyse est nécessaire, leurs vues diffèrent cependant quelque peu sur l'importance et le caractère de celle-ci : selon les uns, la seule méthode valable pour s'assurer si un principe est effectivement reconnu par les droits étatiques est de procéder à une étude de droit comparé détaillée, et il serait à leur avis hautement souhaitable d'entreprendre cette recherche comparative des règles de droit interne de façon plus approfondie et systématique que cela n'a été le cas jusqu'ici, en vue d'encourager les tribunaux internationaux à recourir plus fréquemment à cette source du droit des gens, et avec plus de sûreté et de conviction que dans le passé, pour fonder telle de leurs décisions⁶⁹⁴ ; d'après les autres, cette transposition de principes juridiques du plan interne au domaine des relations internationales ne consiste pas — comme l'a remarqué Paul De Visscher — à « additionner les solutions nationales, ni à en dégager une moyenne arithmétique »⁶⁹⁵, mais bien plutôt à vérifier l'effectivité des principales solutions internes et à « ramener ces solutions à leurs aspects les plus fondamentaux et cependant judiciairement utilisables après les avoir dépouillées de leurs caractéristiques purement techniques et contingentes »⁶⁹⁶. La seconde de ces conceptions paraît décrire plus exactement la manière dont le recours aux principes généraux de droit est compris et pratiqué sur le plan international. On constate en effet que si des Parties à un litige, des arbitres et des juges dans leurs opinions jointes aux décisions et, quoique plus rarement, des tribunaux internationaux ont fait appel quelquefois à des principes généraux de droit en donnant à leur sujet des indications qui présentaient quelque affinité avec la méthode comparative, sans se baser cependant sur une véritable étude des systèmes de droit nationaux et se limitant dans la plupart des cas à mentionner des maximes juridiques romaines⁶⁹⁷, ils se sont d'ordinaire contentés d'affirmer purement et simplement l'existence de tel de ces principes, considérant apparemment qu'il revêtait un caractère d'universalité si évident

694. Cf. notamment Schwarzenberger, « The Fundamental Principles », p. 307, W. Lorenz, « Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts », *Juristenzeitung* 1962, p. 263 et ss., H. Mosler, « Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte », *Z.a.ö.R.V.* 1962, pp. 1-48, W. Friedmann, « The Use of 'General Principles' in the Development of International Law », *A.J.I.L.* 1963, pp. 279-299, R.B. Schlesinger et P. Bonassies, « Le fond commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches », *Revue internationale de droit comparé* 1963, pp. 502-540 (s'agissant d'un projet de recherches comparatives de l'Université d'Ithaca (N.Y.) en vue de dégager le « fond juridique commun » des différents systèmes de droit).

695. *Op. cit.*, p. 116.

696. *Ibid.*, pp. 116 in fine - 117.

697. Cf. les différents exemples données par Lauterpacht, *Private Law Sources*, *passim*, et par Bin Cheng, *op. cit.*, *passim*. Voir également Sørensen, « Principes de droit international public », p. 144 et ss.

qu'il pouvait être tenu, indépendamment de tout référence expresse à des règles nationales, comme propre aux différents ordres juridiques internes aussi bien qu'à l'ordre juridique international⁶⁹⁸. Cela se comprend aisément puisque, comme on l'a vu⁶⁹⁹, l'article 38, paragraphe 1 c), du Statut de la Cour vise essentiellement des règles fondamentales admises par les droits étatiques les plus représentatifs et susceptibles de s'appliquer par analogie aux relations internationales. Il paraît donc juste d'observer, avec certains auteurs, qu'un principe général de droit reconnu par les Etats *in foro domestico* ne peut être transposé en droit des gens que débarrassé de ses particularités nationales, que cela présuppose un procédé d'abstraction et de rationalisation et, par conséquent, que ce n'est pas sur la base d'une recherche comparative et systématique des règles de droit interne qu'un tel principe est reçu dans l'ordre international⁷⁰⁰. Un examen de la jurisprudence de la Cour de La Haye permet de constater que cette haute instance n'a jamais repris à son compte l'analyse de droit comparé à laquelle des Parties avaient estimé nécessaire de recourir dans certains cas pour établir l'existence d'un principe général de droit mais s'est basée exclusivement à ce sujet sur l'opinion concordante de ses juges, et l'on peut noter que cette méthode présente des garanties suffisantes d'objectivité puisque, conformément à l'article 9 du Statut de la Cour, les juges sont élus de façon à assurer « la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde »⁷⁰¹.

On peut estimer aussi qu'en marquant la plus grande prudence à l'égard des principes généraux de droit et en se gardant de se référer expressément à leur propos à des dispositions des codes nationaux, la Cour de La Haye cherche à juste titre à se mettre à l'abri des griefs d'arbitraire ou de subjectivité qui pourraient lui être adressés si elle montrait plus de liberté dans ce domaine. Ainsi que Paul De Visscher l'a souligné fort pertinemment, cette prudence « se justifie tout particulièrement dans un monde divisé idéologiquement et compte tenu de la doctrine socialiste officielle selon laquelle il est difficilement concevable de trouver des principes communs dans le droit interne des Etats capitalistes et socialistes »⁷⁰². Il convient

698. Cela ressort clairement de plusieurs des exemples mentionnés par Lauterpacht, *Private Law Sources*, et par Bin Cheng, *op. cit.*

699. *Supra*, p. 224.

700. Cf. Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, p. 301, Ch. De Visscher, *Théories et réalités* (4^e éd.), p. 419, qui écrit notamment (notes omises) : « Dans ce processus, ce qui est décisif, ce n'est pas la similitude extérieure des institutions ou des règles que l'on confronte entre elles. C'est le principe sous-jacent qui leur est commun et qui les explique », et Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 76, qui souligne : « La détermination d'un fond commun à l'ensemble des systèmes juridiques ne peut se faire d'une façon mécanique, mais en recherchant l'esprit des institutions... ».

701. C.I.J. *Actes et documents* (2^e éd.), p. 38. Et voir Sørensen, « Principes de droit international public », p. 144, Virally, « The Sources of International Law », p. 146, par. 3.22.

702. *Op. cit.*, p. 118. Voir également Sørensen, « Principes de droit international public », p. 199, Verdross, « Les principes généraux de droit », p. 525,

de signaler cependant que l'attitude de la doctrine socialiste à l'égard de cette source du droit des gens n'est pas aussi négative que certaines de ses affirmations paraîtraient l'indiquer puisque, de l'avis même de l'éminent auteur soviétique Grigory I. Tunkin, « les principes normatifs des systèmes juridiques nationaux peuvent constituer des matériaux pour la création de normes correspondant au droit international. Mais les principes de droit international ainsi apparus, bien que présentant souvent une forte ressemblance extérieure avec les principes internes, sont en fait distincts ... : leur contenu social se modifie, ils perdent leur caractère national »⁷⁰³ — conception qui ne diffère guère, somme toute, de celle des auteurs occidentaux auxquels on s'est référé plus haut⁷⁰⁴.

L'étude des documents de la jurisprudence internationale (procédure écrite et orale, décisions et opinions individuelles ou dissidentes qui y sont jointes) permet de constater un recours particulièrement marqué aux principes généraux de droit en matière contractuelle, sur le terrain de la responsabilité et de la réparation du dommage, et dans le domaine procédural (administration de la justice)⁷⁰⁵.

On peut certes se demander si ce recours aux principes généraux de droit acceptés par les Etats *in foro domestico*, qui a joué un rôle non négligeable jusqu'ici, ne perdra pas de son importance, voire disparaîtra, au fur et à mesure que ces principes se seront mués en règles coutumières par l'effet d'une pratique subséquente constante et générale, assortie de l'*opinio juris*, ou se seront intégrés au droit conventionnel du fait de la codification progressive du droit international⁷⁰⁶.

note 10, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 76. La doctrine soviétique concernant l'article 38 par. 1 c), du Statut de la Cour de La Haye est présentée fort clairement par Grigory I. Tunkin, *op. cit.*, pp. 119-127, qui souligne notamment, p. 126 : « La conception selon laquelle les 'principes généraux du droit' sont des principes normatifs des différents systèmes juridiques nationaux ne saurait être admise pour cette ... raison qu'il n'existe pas de principes normatifs communs aux deux systèmes juridiques opposés : socialiste et bourgeois. Les principes de ces systèmes, même lorsqu'ils présentent une similitude formelle, sont radicalement distincts par leur nature de classe, par leur rôle dans la société et par leurs buts. Pour autant que la norme de droit n'est pas une 'pure' règle de conduite privée de tout contenu social, ce genre de principes et de normes des deux systèmes juridiques se différencient, ne s'identifient pas malgré leur similitude externe (technique) », et donne, p. 124, note 287, une liste des principaux ouvrages soviétiques qui ont pris position sur cette question.

⁷⁰³ *Ibid.*, p. 126. On peut signaler également le passage suivant de l'opinion dissidente de M. Krylov dans l'*affaire du détroit de Corfou* (1949) : « ... Je pense que les termes du droit romain et du droit civil et pénal contemporain peuvent être utilisés dans le droit international, mais avec une certaine souplesse et sans faire de distinctions trop subtiles. Il n'est pas nécessaire de transposer dans le système du droit international les distinctions que nous trouvons parfois dans tel ou tel système du droit interne » (C.I.J. Recueil 1949, p. 71).

⁷⁰⁴ *Supra*, pp. 226 *in fine* - 227.

⁷⁰⁵ Cf. notamment Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 301-303, Blondel, *op. cit.*, pp. 213-229, Virally, « The Sources of International Law », p. 148, par. 3.24, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 379-389, par. 301-309. S'agissant de la C.P.J.I., voir *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 24-26 et 957-1207.

⁷⁰⁶ Cf. en particulier Ripert, *op. cit.*, pp. 573-574, Menzel, *op. cit.*, pp. 441 *in fine* - 442, Humphrey Waldo, « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.* 1962, vol. I, p. 39, *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, p. 27, Verdross, « Les principes généraux de droit », p. 530, Virally, « The Sources of International Law », p. 147, par. 3.23, P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 116 et 118.

81. Rigoureusement construite, l'institution de l'*estoppel* ne saurait être qualifiée de « principe général de droit reconnu par les nations civilisées » au sens de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye. Bref examen comparatif de quelques droits nationaux. — Selon la majorité des auteurs, l'institution de l'*estoppel* a pris corps dans l'ordre juridique international en tant que principe général de droit admis par les divers systèmes de droit interne⁷⁰⁷. Si cette thèse peut paraître fondée, comme on va le voir, au titre de l'*estoppel* largement entendu, elle ne semble guère compatible en revanche avec l'*estoppel* que le droit des gens a strictement défini en s'inspirant directement de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*, dont il a repris les éléments essentiels⁷⁰⁸.

On constate en effet que les autorités — arbitres, juges, avocats et auteurs — qui ont cru pouvoir décrire l'*estoppel* comme un principe général de droit se sont rapportées uniquement à l'esprit de l'institution, et non à ses rigoureuses conditions d'application. Et si elles se sont attachées parfois à souligner les analogies que l'*estoppel by representation* de la *common law* présentait à leur avis avec des institutions d'autres systèmes juridiques, leur exposé montrait clairement qu'elles visaient essentiellement le principe commun qui est sous-jacent à ces différentes institutions, sans se préoccuper des dispositions techniques qui régissent diversement l'application de ce principe⁷⁰⁹. Elles se sont d'ailleurs contentées de donner généralement des indications comparatives relativement sommaires, ne mentionnant que quelques droits du continent européen⁷¹⁰, ou se référant au seul droit romain⁷¹¹, ou jugeant même suffisant de citer simplement leur propre droit national⁷¹². Il apparaît que, dans leur ensemble, leurs observations concernent exclusivement l'*estoppel* largement

707. Cf. notamment Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 204, et *The Development of International Law*, p. 169, Witenberg, *Estoppel*, p. 532, Friede, *Estoppel*, p. 545. J. Meryn Jones, *Full Powers and Ratification. A Study in the Development of Treaty-Making Procedure* (Cambridge, 1946), p. 85, Bowett, *Estoppel*, p. 176, Theodor Meron, *op. cit.*, p. 286, J.L. Simpson et Hazel Fox, *International Arbitration Law and Practice* (Londres : Stevens & Sons, 1959), pp. 132 in fine-133, McNair, *The Law of Treaties*, p. 485, Mosconi, *Estoppel*, p. 398, note 53, Jenks, *International Adjudication*, pp. 318, 415-416, Wengler, *op. cit.*, tome I, p. 777, Mabrouk, *op. cit.*, p. 108, Répertoire Guggenheim, vol. 2, pp. 190-192, et par. 78, *Estoppel*, p. 327, Virally, « The Sources of International Law », p. 148, par. 3.24, Marek, *op. cit.*, p. 65, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 340.

708. Cf. *supra*, Chapitre III, p. 139 et ss., par. 71, pp. 190-192, et par. 78, pp. 214-215. Voir également *infra*, 3^e Partie, Chapitres premier et II, p. 258 et ss.

709. Cf. *supra*, par. 42, p. 73, par. 47, pp. 87-92, et pp. 104-105 (affaire *Losinger, Mémoire du Gouvernement suisse*), 110 (affaire *Noitebohm, Plaidoirie de M. Sauser-Hall (Liechtenstein)*), 117-118 et 121 (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, respectivement Duplique de M. Rolin (Nicaragua) et Opinion dissidente de M. Urrutia Holguín), 128-129 (affaire du temple de Préah Vihéar, Opinion individuelle de M. Alfaro), 148-149 (affaire des emprunts serbes, Discours de M^e Devèze (Etat serbe-croate-slovène)), 159-160 (affaire de la Barcelona Traction, Argument of Sir Humphrey Waldock (Spain)), 170 (affaires du plateau continental de la mer du Nord, Opinion individuelle de M. Fouad Amoun).

710. Voir notamment Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 204, Friede, *Estoppel*, p. 545, Menzel, *op. cit.*, p. 441, par. 2, Mosconi, *Estoppel*, p. 398, note 53.

711. Voir les exemples donnés *supra*, par. 47, pp. 87-92.

712. Ainsi Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 98, note 3.

entendu, c'est-à-dire — pour reprendre les termes utilisés par Georges Sauser-Hall dans *l'affaire Nottebohm* — « une des conséquences de l'obligation qu'a chaque partie d'exercer ses droits selon les exigences de la bonne foi, ... une affirmation du principe de la non-contradiction »⁷¹³ — principe que tous les ordres juridiques nationaux ayant atteint un niveau comparable de développement paraissent certes avoir mis au point, mais en en déterminant chacun très différemment la portée et, point fondamental en l'occurrence, les conditions techniques d'application. En d'autres termes, ce n'est qu'en partant d'une conception extensive de *l'estoppel by representation* que l'on peut présenter cette institution de la *common law* comme un principe général appartenant au fond commun des différents systèmes juridiques du monde, et l'on a déjà indiqué les raisons pour lesquelles il est inutile de recourir en droit des gens à un *estoppel* aussi largement interprété⁷¹⁴ et les risques de confusion qu'une telle conception peut entraîner⁷¹⁵.

On ne saurait procéder ici à une analyse de droit comparé approfondie, qui dépasserait sans aucun doute le cadre du présent travail. On se bornera à examiner certains des droits nationaux qui constituent le système communément désigné sous le nom de « système de droit civil »⁷¹⁶, et l'on constatera que s'il existe effectivement de réelles analogies entre *l'estoppel by representation* dans son sens le plus général et des institutions de ces droits, *l'estoppel* strictement défini que le droit des gens a retenu ne semble se retrouver que dans le seul système de la *common law*.

Il paraît utile d'ouvrir ce bref examen comparatif par quelques considérations sur le droit romain, dont on peut affirmer que plusieurs ordres juridiques modernes ont reçu la marque profonde et qui a été mentionné à diverses reprises en corrélation avec la théorie de *l'estoppel* ; on portera ensuite une attention particulière aux droits suisse et français, et l'on donnera des indications de caractère très général sur quelques droits internes auxquels des auteurs se sont référés dans leurs études sur *l'estoppel* en droit des gens.

a) *Le droit romain*. Comme on l'a vu, un parallèle a souvent été établi par des internationalistes entre *l'estoppel* largement entendu et certaines maximes juridiques romaines⁷¹⁷. C'est le mérite du civiliste allemand Erwin Riezler d'avoir procédé, en 1912, à une analyse détaillée de la doctrine romaine du *Non concedit venire contra factum proprium* et cherché à montrer qu'elle avait trouvé son équivalent dans l'institution anglaise de *l'estoppel* et dans certaines institutions du droit civil allemand⁷¹⁸. De la partie de cette étude que l'éminent

713. Cf. *supra*, p. 110.

714. *Supra*, par. 73-76, p. 194 et ss.

715. *Supra*, p. 193 *in fine*.

716. Ou « système de droit continental », selon certains traités de droit comparé.

717. Cf. *supra*, pp. 87-92, 104 *in fine* - 105, par. 129, pp. 149, 159 *in fine*, 170, 175, 184, 186, 188.

718. Erwin Riezler, *op. cit.* (cf. *supra*, p. 12, note 23).

auteur a consacrée au droit romain, on peut tirer un certain nombre de conclusions qui permettent d'affirmer que si cette doctrine est en effet très proche dans son esprit de l'institution de l'*estoppel by representation*, elle en diffère en revanche à bien des égards quant à sa portée et sur le plan essentiel de la technique juridique.

On constate que la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* — au titre de laquelle une Partie n'était pas habilitée dans certaines circonstances, en dépit de l'absence de toute obligation de droit strict (*jus strictum*), à revenir sur son propre fait — s'est introduite dans le droit romain classique, grâce en particulier à la juridiction prétorienne, en raison des considérations d'équité (*aequitas*) qui ont progressivement imprégné ce droit en vue d'atténuer la rigueur et le formalisme de l'ancien droit quiritaire⁷¹⁹. On peut rappeler avec intérêt à ce sujet que la forme moderne de l'*estoppel by representation* a été principalement l'œuvre des Cours d'*Equity* anglaises qui, luttant contre la rigueur et le formalisme de l'ancienne *common law*, se sont efforcées, à l'instar des préteurs romains, d'introduire des principes nouveaux — principes de morale et de justice — en vue de corriger le droit existant et de faire admettre, si certaines conditions étaient remplies, la force obligatoire de simples déclarations de volonté dépourvues de forme, de certaines représentations des faits⁷²⁰.

Etroitement liée à la notion de bonne foi, la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* a trouvé un large champ d'application en droit romain, ainsi que le démontrent les nombreux exemples cités par Riezler⁷²¹. On peut mentionner, entre autres, un cas d'application de cette doctrine en matière d'émancipation (ou de « mancipation », *mancipatio*) d'une personne libre qui se trouvait sous la puissance d'un ascendant (*in potestate parentis*) : comme le signale un texte du célèbre jurisconsulte romain Ulpien, qui est reproduit dans le *Digeste*⁷²², un père qui avait admis tacitement l'émancipation de sa fille en la laissant vaquer à ses occupations comme si elle était *sui juris*, *suae potestatis*, ne pouvait revenir ensuite sur son propre fait et soulever l'objection qu'il ne l'avait pas émancipée conformément au droit et en présence de témoins⁷²³.

719. Cf. Riezler, *op. cit.*, p. 1 et ss. Il n'y a pas lieu d'examiner ici l'évolution de plusieurs siècles du droit romain, et il paraît suffisant d'indiquer qu'au droit quiritaire formaliste et strict a succédé la période du droit classique (150 av. J.-C. jusqu'à 300 ap. J.-C.). Voir notamment P. Ourliac et J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit* (Paris : P.U.F., coll. « Thémis », 2 vol., 1957-1961), vol. I, p. 1 et ss.

720. Cf. *supra*, par. 1, p. 9, et par. 3, al. c, p. 13.

721. Riezler, *op. cit.*, pp. 440.

722. Le *Digeste* (*Digesta seu Pandectae*) était — comme l'indique le *Petit Précis Dalloz*, *Droit romain* (Paris : Librairie Dalloz, 1938), vol. I, p. 73, par. 121 — une encyclopédie réduite du droit romain classique.

723. Cf. Riezler, *op. cit.*, p. 13. Le texte en question portait : « Post mortem filiae suae, quae ut mater familias quasi jure emancipata vixerat et testamento scriptis heredibus decessit, adversus factum suum, quasi non jure eam nec praesentibus testibus emancipasset, pater movere controversiam prohibetur », et l'on peut le traduire comme suit : « Après la mort de sa fille, qui avait vécu

On peut indiquer également que cette doctrine a joué un rôle important en matière d'actes unilatéraux — telles certaines promesses purement unilatérales — qui n'avaient pas pris une forme juridique purement obligatoire, si tant est que le destinataire d'un tel acte avait été conduit, se fiant à l'assurance qui lui avait été donnée, à modifier sa position à son préjudice ⁷²⁴ ; la personne lésée ne pouvait toutefois obtenir l'exécution de l'engagement, mais simplement, par la voie de l'action ou de l'exception *de dolo malo*, prétendre à un dédommagement pour les dépenses encourues ou le préjudice matériel subi ⁷²⁵ — ce qui distingue donc la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* de la théorie anglo-américaine du *promissory estoppel* sur un point important ⁷²⁶.

Après avoir étudié les développements que cette doctrine a pris dans le droit romain classique, au fur et à mesure que le formalisme de l'ancien droit déclinait ⁷²⁷, Riezler a souligné l'importance grandis-

de la même manière qu'une mère de famille, comme si elle avait été émancipée en droit, et qui était décédée en désignant ses héritiers, un père ne peut pas revenir sur son propre fait et soulever l'objection qu'il ne l'avait pas émancipée conformément au droit et en présence de témoins ». Sur la procédure classique formelle relative à l'émancipation (ou « mancipation ») d'un individu libre sous puissance d'un ascendant (*in potestate parentis*), cf. Gaius, *Institutes* (texte établi et traduit par Julien Reinach ; Paris : Société d'éd. « Les belles lettres », 1950), pp. 21-22, par. 116-117. Riezler, *loc. cit.*, indique qu'il importait peu qu'il se fût agi d'une émancipation tacite (*mancipatio tacita*), auquel cas la fille aurait été véritablement *sui iuris*, ou simplement d'une omission du père à faire valoir sa *patria potestas* du vivant de sa fille : dans les deux cas, « Der Vater ... darf keine Klage erheben, durch die er sich in Widerspruch setzt mit seiner eigenen Willensbestätigung. Ob diese darin zu finden ist, dass die Tochter ausdrücklich, wenn auch nicht auf gesetzlich Weise, emancipiert, hat, oder darin, dass er bis zum Tode der Tochter trotz derin tatsächlichen selbständigen Gebahrens seine *parita potestas* nicht geltend gemacht hat, ist von diesem Gesichtspunkte aus gleichgültig ». Après avoir cité d'autres exemples, Riezler conclut que la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* a été fréquemment appliquée dans ce domaine.

724. Cf. Riezler, *op. cit.*, p. 32, qui précise : « Erst etwas zaghaft bei Pomponius, dann entschieden bei Ulpian — bei beiden in ihren Sabinus-Kommentaren — tritt die Idee zutage, dass der Bruch einer gegebenen Zusicherung, auch wenn diese nicht die Gestalt einer rechtsförmlichen Bindung angenommen hat, wenigstens insoweit als ein doloses Verhalten anzusehen ist, als er zu einer Vermögensschädigung dessen führt, der auf die Zusage vertraut hat », et cite le passage suivant, tiré d'Ulpian : « Si cum mihi permississes saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere : nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit ».

725. Cf. Riezler, *op. cit.*, p. 33. « Für sie [Pomponius et Ulpian] handelt es sich nur um den Ersatz von Aufwendungen, die der Empfänger der Zusage im Vertrauen auf diese gemacht hat und um die er nun geschädigt ist. Einseitigen formlosen Versprechen auf dem Umweg über die actio bzw. exceptio doli zu obligatorischer Bedeutung zu verhelfen, ist ihnen gewiss nicht in den Sinn gekommen, eine solche Auflassung würde auch mit sonstigen Quellenzeugnissen nicht harmonieren. Erzeugt doch auch das pactum keine klagbare Verpflichtung. »

726. Cf. *supra*, par. 13-15, pp. 29-37.

727. Il signale, *op. cit.*, p. 18 et ss., qu'elle jouait un rôle important dans divers domaines de ce droit — et notamment dans le droit de la propriété, par le biais des exceptions que le prêteur avait instituées en vue de protéger un acquéreur de bonne foi contre les revendications d'un propriétaire quiritaire (*ex jure Quiritium*) qui lui avait vendu un fonds sans lui en transférer la propriété par mancipation, comme l'exigeait le droit strict. Il situe également dans le contexte général du *Non concedit venire contra factum proprium* des maximes juridiques que le droit romain classique lui paraissait avoir admises, telles que *Fraudem suam nemini debet allegare* et *Turpitudinem suam allegans non auditur*.

sante que lui ont accordée par la suite, en l'interprétant très largement, le droit canon ⁷²⁸, les glossateurs et post-glossateurs du Moyen Age ⁷²⁹ et la littérature des civilistes des XVII^e et XVIII^e siècles ⁷³⁰, principalement sous l'influence des thèses de l'école de droit naturel.

b) *Le droit suisse*. Deux civilistes suisses réputés, August Simonius et Bernhard Staehelin, ont indiqué les analogies que l'institution anglaise de l'*estoppel* présente avec le « principe de la confiance » ou « système de la confiance » (*Vertrauensprinzip, Vertrauenstheorie*) du droit suisse ⁷³¹. On constate cependant — comme l'ont d'ailleurs fort bien noté ces auteurs — que seul l'esprit de l'institution se retrouve dans le droit suisse, et il serait donc erroné d'affirmer que l'*estoppel* est l'équivalent du principe de la confiance ⁷³².

Plusieurs publicistes ont étudié de manière approfondie le principe ou système de la confiance du droit suisse ⁷³³, et l'on peut, en s'inspirant de leur pensée mais en se limitant à l'essentiel, donner à son sujet les indications générales suivantes. Comme on le sait, différentes théories existent en droit privé moderne au sujet de la formation des actes juridiques, et en particulier du contrat. L'une d'entre elles, appelée le « système de la volonté » (*Willenstheorie*), directement inspirée de la philosophie individualiste des XVII^e et XVIII^e siècles et du principe de l'autonomie de la volonté, met l'accent au premier chef sur la volonté, en reléguant au second plan la déclaration, de telle sorte que — comme l'a fait observer Robert Patry — « dans ce système, la déclaration n'est que le signe extérieur d'une volonté, à laquelle tout se ramène » ⁷³⁴; il est clair qu'un tel système est éminemment favorable au déclarant, dont la volonté intime primera, et très désavantageux pour le destinataire de la déclaration. A l'op-

728. *Ibid.*, pp. 40-42. Il cite un certain nombre de maximes générales de ce droit qui constituaient à son avis autant de facettes de la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* (par exemple : *Mutare consilium quis non potest in alterius detrimentum, Quod semel placuit amplius displicere non potest*).

729. *Ibid.*, pp. 43-47.

730. *Ibid.*, p. 47-53.

731. August Simonius, « Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis », *Festsache für Fritz Goetzinger* (Bâle : Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1935), pp. 260 à 264, à la page 249, et Bernhard Staehelin, « Estoppel und Vertrauensprinzip », *Aequitas und bona fides, Festsache für August Simonius* (Bâle : Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955), pp. 381-399.

732. Cf. August Simonius, « Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du Code des obligations », *Semaine judiciaire* 1949, p. 222, Staehelin, *op. cit.*, p. 399 (passage reproduit ci-dessous, p. 236, note 744).

733. On peut mentionner notamment les contributions suivantes : August Simonius, « Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre », *Festsache der Basler Juristenfakultät* (Bâle, 1942), pp. 235-282, et « Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse », *Semaine judiciaire* 1949, pp. 505-528, Robert Patry, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse* (thèse de Genève; Genève : Impr. du Journal de Genève, 1953), P. Piotet, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse* (Berne : Ed. Staempfli, 1956), qui critique à vrai dire l'expression « système de la confiance », préférant parler de « système de la volonté modifié par la théorie de l'apparence efficace » (cf. pp. 16 et 168). Voir également les ouvrages mentionnés ci-dessous, notes 736 et 739.

734. *Op. cit.*, p. 17.

posé, et par contre-coup, est apparu le « système de la déclaration » (*Erklärungstheorie*) qui proclame, lui, la suprématie de la déclaration, élément objectif parce qu'externe, sur la volonté intime des contractants, et qui favorise par conséquent le destinataire de la manifestation de volonté ⁷³⁵. Le droit suisse a développé pour sa part une théorie intermédiaire, le système ou principe de la confiance, qui tend à concilier les intérêts différents du déclarant et du destinataire, et selon lequel — pour reprendre les termes de Walter Yung — « le sens juridiquement déterminant de toute manifestation de volonté adressée à autrui est celui que le destinataire peut et doit lui attribuer de bonne foi... L'ordre juridique ne substitue pas une volonté fictive du déclarant à sa volonté réelle, mais jugeant que l'intérêt du destinataire de la déclaration mérite d'être protégé dans la mesure où ce destinataire se comporte comme un homme raisonnable et de bonne foi, il donne délibérément effet, non à la volonté réelle du déclarant, mais à ce que le destinataire de la déclaration est fondé à considérer comme la volonté réelle du déclarant » ⁷³⁶. Ainsi que Patry l'a souligné, ce système, étroitement rattaché à la notion de bonne foi qui est consacrée par des dispositions générales du Code civil suisse ⁷³⁷, poursuit un peu le même but que la bonne foi du droit romain : il assouplit la trop grande rigidité des systèmes de la volonté et de la déclaration ⁷³⁸.

L'une des conséquences du principe de la confiance est qu'une personne ne peut revenir sur sa conduite antérieure lorsque cette conduite a fait naître chez autrui une confiance légitime et digne de protection juridique. En d'autres termes, une conduite contradictoire (*widersprüchliches Verhalten*, *venire contra factum proprium*) n'est pas admise par le droit lorsqu'elle viole les règles de la bonne foi ⁷³⁹. On rencontre plusieurs exemples de l'application de ce principe dans la jurisprudence, et notamment dans celle du Tribunal fédéral suisse. Ainsi, dans une affaire relative à la fixation des limites d'une propriété foncière, cette haute instance a examiné un accord que la demanderesse, une société, avait passé en 1926 avec des communes, et elle a déclaré :

735. *Ibid.*

736. Walter Yung, « L'acceptation par le silence d'une offre de contracter », *Mélanges Roger Secrétan* (Montreux : Impr. Corbaz, 1964), p. 340.

737. Il s'agit des articles 2 et 3 du Code civil suisse qui portent, respectivement : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi », et « La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui ». La bonne foi est expressément mentionnée par ailleurs dans un certain nombre de dispositions spéciales du Code civil et du Code des obligations.

738. Patry, *op. cit.*, p. 163.

739. Cf. les remarques intéressantes présentées à ce sujet par Hans Merz in *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht* (Berne : Verlag Stämpfli & C^{ie}, 1962), commentaire relatif à l'article 2 du Code civil suisse, section V (*Widersprüchliches Verhalten* (*venire contra factum proprium*)), p. 333 et ss.

« ... En signant le contrat de 1926 sans formuler aucune réserve, la demanderesse a laissé croire aux communes qu'elle reconnaissait les limites indiquées par celles-ci, en particulier leur droit de propriété sur le Muttensee. Elle les a amenées de la sorte à lui céder les terrains nécessaires pour établir les trois usines projetées ... Selon ses propres déclarations, elle a agi ainsi de peur que les communes ne lui refusent les concessions. Pareil comportement ne satisfait pas aux exigences de la bonne foi, et viole le principe dit de confiance, valable en matière contractuelle ... La position prise aujourd'hui par la demanderesse est en contradiction flagrante avec son attitude de l'année 1926, dont la défenderesse était fondée à conclure de bonne foi que son droit de propriété sur le Muttensee n'était pas controversé. Elle constitue un *venire contra factum proprium* ... »⁷⁴⁰.

On peut aisément relever de ce passage de l'arrêt des traits qui sont communs au principe de la confiance du droit suisse et à l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law*.

Comme l'indique l'excellent ouvrage de Robert Patry, le principe de la confiance est susceptible de jouer un rôle important dans plusieurs domaines du droit suisse⁷⁴¹, et l'on pourrait montrer à bien des égards les similitudes qu'il présente, sous divers aspects, avec quelques-unes des catégories de l'*estoppel by representation* anglais — par exemple, dans le cadre de la théorie de la représentation, avec l'institution de l'*agency by estoppel*⁷⁴², et, s'agissant de la portée juridique du silence, avec l'*estoppel* que peuvent entraîner des *representations* par omission ou par abstention et avec l'institution de l'*estoppel by acquiescence*⁷⁴³.

740. Il s'agit de l'affaire des forces hydrauliques de Saint-Gall et Appenzel S.A. c. Linthal, commune, arrêt du 17 mai 1963, Arrêts du Tribunal Fédéral 89, II, pp. 298-300 (traduction française in *Journal des Tribunaux* du 15 juin 1964 (N° 11), p. 335 et ss.).

741. Cf. Patry, *op. cit.*, p. 153 et ss.

742. Voir les indications données sur cette institution *supra*, p. 45. Ainsi que le souligne Patry, *op. cit.*, pp. 202-208, le principe de la confiance opère en droit suisse dans le cadre de la théorie de la représentation en vertu de trois dispositions du Code des obligations (les articles 32, al. 2, 33, al. 3 et 34, al. 3) qui peuvent être considérés comme l'ayant consacré implicitement, et Staehelin, *op. cit.*, pp. 384-389, examine avec soin les analogies et différences qu'il présente en la matière avec l'institution de l'*agency by estoppel* du droit anglais, notant qu'il vise bien, comme celle-ci, à protéger dans certains cas le tiers de bonne foi qui a contracté avec un représentant en se fiant à ses pouvoirs apparents (ses « pouvoirs externes », selon la terminologie suisse), mais constatant que là s'arrêtent les analogies.

743. Voir les indications données sur cette institution *supra*, pp. 46-47. Patry, *op. cit.*, pp. 176-186, étudie le rôle que le principe de la confiance du droit suisse peut jouer dans le domaine contractuel en matière de silence. Voir également les remarques présentées à ce propos par Roger Secrétan, « Note sur la portée juridique du silence opposé à une lettre de 'confirmation' d'un contrat (ou prétendu contrat) », *Journal des tribunaux* 1946, p. 237 et ss., et par Yung, *op. cit.*, p. 340 et ss. On peut admettre, avec ces auteurs, que l'article 6 du Code suisse des obligations — aux termes duquel « Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable » — a trait au silence du destinataire de l'offre, et estimer qu'il est dominé par le « principe de la confiance » en ce sens que « D'après le principe de la confiance, l'offre doit

Il n'appartient pas à la présente étude d'examiner dans le détail ces différentes analogies. Il paraît suffisant de constater, de manière générale, que si le principe de la confiance vise dans une large mesure les mêmes buts que l'institution de l'*estoppel by representation*, à savoir la protection de la bonne foi, la consolidation des apparences créées, et peut lui être comparé à ce titre, il s'en distingue fondamentalement du point de vue technique ⁷⁴⁴.

c) *Le droit français*. Des auteurs tels que Dargent et Witenberg ont considéré que les traits essentiels de l'institution anglaise de l'*estoppel* se retrouvent, en droit français, dans la théorie dite de l'apparence ⁷⁴⁵. Une telle comparaison ne paraît fondée, ici aussi, qu'au titre d'une conception extensive de l'*estoppel by representation*.

On peut indiquer, sommairement, que les tribunaux français ont élaboré un certain nombre de règles dont la synthèse constitue la « théorie de l'apparence » qui, selon un auteur, peut s'énoncer comme suit :

« Les actes qu'a passés une personne trompée par une situation juridique contraire à la réalité mais présentant certaines caractéristiques extérieures de la situation véritable sont définitifs et opposables comme le seraient des actes ayant leur fondement dans des situations entièrement régulières. » ⁷⁴⁶

Il convient d'ajouter, d'une part, que la bonne foi de la personne concernée joue un rôle capital en la matière, et, d'autre part, que cette personne doit avoir pu raisonnablement se fier à la situation juridique contraire à la réalité, car, comme un autre auteur l'a souligné :

être considérée comme acceptée si son auteur, se comportant raisonnablement et de bonne foi, et en tenant compte de toutes les circonstances, est fondé à considérer le silence de celui auquel l'offre a été adressée comme une manifestation de sa volonté de l'accepter » (Yung, *op. cit.*, p. 349). Cela ne va pas sans rappeler, en substance, l'*estoppel* que peuvent entraîner des « *representations* par abstention ou par omission » qui — comme on l'a vu *supra*, pp. 20-21 — découlent de l'attitude passive d'une personne, à savoir de son silence, de son inaction ou de sa négligence, et cela dans la mesure où il existait pour leur auteur, en vertu de la loi (*statute*) ou de la *common law*, un devoir de parler ou de faire.

744. Ce sont les conclusions de Staehelin, *op. cit.*, p. 399 : « Das Estoppel ist nicht das Vertrauensprinzip des englischen Vertragsrecht; es geht wohl vom gleichen Gedanken aus (ganz allgemein gesagt: dem Verbot des Rechtsmissbrauches als Korrelat des Gebotes, nach Treu und Glauben zu handeln), ist aber in seiner Anwendung traditionellerweise auf bestimmte Fälle beschränkt und technisch enger gefasst. »

745. Cf. Dargent, *op. cit.*, p. 242, et Witenberg, *Estoppel*, pp. 532-533. La théorie de l'apparence en droit français a été étudiée par de nombreux auteurs, et l'on peut citer notamment les contributions suivantes : H. Mazeaud, « La maxime 'error communis facit jus' », *Revue trimestrielle de droit civil* 1924, p. 929 et ss., Basile Ionesco, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé* (thèse de Strasbourg; Strasbourg: Impr. « Sostrali », 1927), J.-Ch. Laurent, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques* (thèse de Caen; Caen, 1931), Calais-Auloy, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial* (thèse de Montpellier; Montpellier, 1959), ainsi que, bien entendu, les principaux traités de droit civil français.

746 Laurent, *op. cit.*, p. 5.

« L'idée d'Apparence se présente comme un moyen pour protéger contre la rigueur du droit en validant un acte nul une personne qui s'est trompée de bonne foi. Seulement, pour qu'une personne soit digne de cette protection, il ne suffit pas qu'elle soit de bonne foi, il faut qu'elle ne se soit pas trompée par négligence. Plus précisément elle doit prouver pour établir sa bonne foi que les apparences justifiaient l'opinion qu'elle s'était faite. » ⁷⁴⁷

Création purement jurisprudentielle, la théorie de l'apparence semble avoir — d'après les nombreux exemples donnés par les auteurs — un large champ d'application. On en trouve notamment des manifestations dans le droit des biens ⁷⁴⁸, des contrats et des obligations ⁷⁴⁹, de la personne ⁷⁵⁰, des successions ⁷⁵¹.

On ne peut être que frappé par les similitudes qu'elle présente, du point de vue téléologique, avec certains aspects de l'institution de l'*estoppel by representation* largement entendu ⁷⁵², ainsi que de la doctrine romaine du *Non concedit venire contra factum proprium* ⁷⁵³ et du « principe de la confiance » du droit suisse ⁷⁵⁴, mais on constate qu'elle en diffère radicalement sur des points essentiels.

d) *Observations générales sur les droits allemand, espagnol et italien.* Diverses autorités ont estimé que ces trois droits comprennent des institutions qui sont proches, dans leur esprit, de l'institution anglo-américaine de l'*estoppel* ⁷⁵⁵. Et il semble que des conclusions similaires à celles que l'on vient de présenter au sujet des droits romain, suisse et français s'imposent à ce propos.

— En ce qui concerne le *droit allemand*, on peut se référer à nouveau à la magistrale étude d'Erwin Riezler qui, après avoir expliqué de manière détaillée les raisons pour lesquelles on peut considérer que la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* constitue le fondement même de la théorie de l'*estoppel* en droit anglais, s'est attaché à montrer que plusieurs dispositions du droit allemand trouvent également leur « explication naturelle » dans cette

747. P. Esmein, note au *Recueil Sirey*, 1921, I, p. 313. Laurent présente d'ailleurs des observations du même type, *op. cit.*, p. 92. On peut rappeler avec intérêt à ce sujet que selon la théorie anglaise de l'*estoppel by representation*, la Partie qui recourt à l'*estoppel* doit établir non seulement qu'elle a agi de bonne foi, en croyant à l'exactitude de la *representation* qui lui était faite, mais encore que cette *representation* était telle qu'un homme raisonnable pouvait la considérer comme vraie et croire que son auteur voulait qu'il agît de la façon dont il a agi en se fondant sur elle (cf. *supra*, pp. 24-26).

748. Cf. Laurent, *op. cit.*, pp. 16, 52-72, 243-246.

749. *Ibid.*, pp. 73-80. Voir également *Nouveau Répertoire de Droit Dalloz* (2^e éd.; Paris, Jurisprudence générale Dalloz, 1962), tome I, p. 226.

750. Cf. Laurent, *op. cit.*, pp. 81-91.

751. *Ibid.*, pp. 30-50.

752. Cf. *supra*, pp. 73-74 et 182-187.

753. Cf. *supra*, pp. 230-233.

754. Cf. *supra*, pp. 233-236.

755. On pourrait signaler encore, bien entendu, les analogies que des auteurs, des avocats ou des magistrats ont cru pouvoir établir parfois entre l'*estoppel* et des institutions d'autres droits nationaux. Les indications qu'ils ont données, très sommaires, nécessiteraient toutefois des recherches approfondies qui sortent du cadre du présent travail.

doctrine⁷⁵⁶. Parmi les différentes catégories de situations susceptibles d'entraîner l'application du *Non concedit venire contra factum proprium* en droit allemand⁷⁵⁷, Riezler a mentionné notamment — en donnant à leur sujet des indications qui ne vont pas sans rappeler les observations avancées par des auteurs suisses et français en ce qui concerne, respectivement, le « principe de la confiance » et la « théorie de l'apparence »⁷⁵⁸ — les cas où une Partie à un contrat perd le droit d'invoquer la nullité de celui-ci (pour vice de forme, incapacité du cocontractant, etc.) lorsque, en l'exécutant, elle a explicitement accepté de le considérer comme valide, ou lorsqu'elle doit être considérée, en raison de sa conduite, comme ayant acquiescé à la validité de cet acte⁷⁵⁹, et les cas où celui qui a créé l'apparence du droit (*Rechtsschein*) — tel un vendeur apparent, *Scheinkaufmann* — est lié par ses déclarations ou par ses actes concluants si une autre personne, se fiant à cette apparence, a pris des mesures ayant une signification juridique⁷⁶⁰. Hersch Lauterpacht s'est référé à cet ouvrage de Riezler pour affirmer que le principe qui est sous-jacent à l'*estoppel* est également reconnu par le droit allemand⁷⁶¹. Franco Mosconi a indiqué pour sa part, en citant d'autres auteurs, que la théorie allemande de l'apparence correspond en substance à l'institution de l'*estoppel*⁷⁶². On peut signaler aussi les remarques de l'avocat général Karl Roemer qui, dans ses conclusions dans une affaire jugée par la Cour de Justice des Communautés européennes, a déclaré, après avoir très largement défini l'*estoppel* du droit anglais⁷⁶³, que ce principe était également consacré par le droit allemand, soulignant : « La jurisprudence des tribunaux allemands sur cette question peut se résumer ainsi : l'idée de déchéance est une conséquence du principe de la bonne foi qui se retrouve aussi en

756. Riezler, *op. cit.*, pp. 123 *in fine* - 124 : « Eine ganze Reihe von gesetzlichen Bestimmungen des heutigen deutschen Gesetzgebung finden ... in der Unzulässigkeit des venire contra factum proprium ihre natürliche Erklärung ».

757. Situations qu'il énumère *op. cit.*, pp. 131-132.

758. Cf. *supra*, respectivement pp. 233-236 et pp. 236-237.

759. Cf. Riezler, *op. cit.*, pp. 134-143, par. 17 (intitulé *Erfüllte unwirksame Geschäfte*).

760. Ibid., pp. 166-170, par. 19 (intitulé *Erregter Rechtsschein*). Il écrit notamment, p. 166 : « ... Wer andern gegenüber als Träger einer bestimmten Rechtsstellung auftritt, darf diese Rechtsstellung nicht selbst zum Schaden derer, die daran geglaubt haben, bestreiten ; das Gegenteil wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Dieses Prinzip erweist sich nach verschiedenen Richtungen hin als praktisch brauchbar. ... Begründung : Jeder müsse sich gefallen lassen, dass seine Erklärung so aufgefasst wird und diejenige Bedeutung hat, die ihr nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommt. »

761. Cf. Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 204, note 2, qui mentionne également Ernst J. Schuster, *The Principles of German Civil Law* (Oxford : Clarendon Press, 1907), pp. 361-362.

762. Mosconi, *Estoppel*, p. 398, note 52, qui se réfère à différents ouvrages allemands sur la théorie de l'apparence.

763. Cf. *Cour de Justice des Communautés européennes, Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, vol. VI, Deuxième partie, 1960, Affaires jointes Nos 41-59 et 50-59, arrêt du 16 décembre 1960, conclusions de l'avocat général M. Karl Roemer, p. 1049 : « En substance, l'*'estoppel'* consiste dans l'interdiction faite à une partie de nier les faits dont elle a affirmé l'exactitude à une occasion antérieure, soit par ses déclarations expresses, soit implicitement par ses actes. »

droit public, y compris dans la procédure judiciaire. L'intéressé ne doit pas se mettre en contradiction avec son attitude précédente. Mais la simple expiration du temps ne suffit pas à entraîner la déchéance ; au contraire, par son attitude, l'intéressé doit avoir donné l'impression qu'il reconnaît que l'acte administratif est légal et, dans ses mesures, l'administrateur doit avoir agi en fonction de cette attitude de l'intéressé », et invoquant à ce sujet différents arrêts allemands ⁷⁶⁴.

— S'agissant du *droit espagnol*, certains spécialistes ont signalé que la *doctrina de los actos propios*, en vertu de laquelle une personne ne peut revenir dans certaines circonstances sur ses propres actes et déclarations, correspond en substance à l'institution de l'*estoppel* du droit anglo-américain ⁷⁶⁵. Mais leurs remarques indiquent clairement qu'ils entendaient limiter cette comparaison aux aspects les plus généraux de l'*estoppel by representation*.

— Quand au *droit italien*, Franco Mosconi a observé que les institutions de la *preclusione* et de l'*apparenza del diritto* avoisinent, sous certains de leurs aspects, l'institution anglaise de l'*estoppel* dans son sens le plus général ⁷⁶⁶ ; il est parvenu toutefois à la conclusion qu'il est inutile de recourir en droit des gens à un *estoppel* aussi largement interprété, faisant valoir à juste titre que, dépouillé de ses caractéristiques techniques, celui-ci ne se présente nullement comme une institution juridique autonome ayant ses propres effets, mais comme une manière de décrire l'effet de règles concrètes ⁷⁶⁷.

764. *Ibid.*, pp. 1049-1050, où il se réfère aux arrêts allemands suivants : « — Cour fédérale des finances, arrêt du 11 juin 1958, BB, 58, 25. — Tribunal administratif fédéral, arrêt du 10 octobre 1957, *Recueil des décisions*, tome V, p. 26. — Tribunal administratif supérieur de Hambourg, arrêt du 31 janvier 1958, DöV, 58, p. 306. »

765. Cf. Mosconi, *Estoppel*, p. 398, note 52, qui se réfère à l'ouvrage de Brutan Puig, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios* (Barcelone, 1951), p. 109 et ss., Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 98, note 3, qui souligne : « Limitándonos a nuestro propio Derecho, el contenido de este principio puede ir contra sus propios actos y declaraciones », que tiene, en expresión de F. de Castro, la categoría de apotegma jurídico y que ha sido confirmado reiteradamente por nuestra jurisprudencia. (Vide : F. de Castro : *Derecho civil de España, Parte General*, Madrid, 1955, pag. 481) ». Voir également les remarques présentées à ce sujet par M. Alfaro dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire du temple de Préah Vihear, C.I.J. *Recueil* 1962, p. 39, et par M. Armando Rojas (Venezuela) dans son intervention lors de l'examen de l'article 42 du projet d'articles sur le droit des traités de la Commission du droit international à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, 1^{re} session (1968), *Documents officiels. Comptes rendus analytiques des séances de la Commission plénière*, p. 425, par. 47.

766. Mosconi, *Estoppel*, pp. 395 in fine - 399, par. 3-4, qui mentionne plusieurs études de la doctrine italienne sur la *preclusione* et sur l'*apparenza del diritto*.

767. *Ibid.*, pp. 414 in fine - 415. Il indique notamment, p. 415 : « Questa negazione non deriva dalla impossibilità di identificare il fondamento giuridico dell'istituto nell'ordinamento internazionale : si è visto infatti come anche nei sistemi giuridici di *civil law* trovi applicazione un principio, quello della apparenza, ispirato a un analogo criterio informatore e come su questa base gli autori che ne sostengono la applicabilità nell'ordinamento internazionale, diano all' 'estoppel' una sistemazione dogmatica come principio generale del diritto

Ce bref examen permet de constater que si, dans leur ensemble, ces ordres juridiques nationaux reconnaissent et appliquent effectivement un principe qui correspond à celui sur lequel repose l'institution de l'*estoppel by representation* (*Non concedit venire contra factum proprium, Allegans contraria non audiendus est*), ils en envisagent chacun très différemment la portée et les modalités d'application. En d'autres termes, ils prévoient diversement les circonstances dans lesquelles une Partie peut se voir opposer l'un de ses actes, et ne fixent pas de manière similaire les conditions dans lesquelles cette Partie est juridiquement empêchée de revenir sur ce qu'elle a dit, fait, ou laissé croire. Il est évident que les éléments techniques qui délimitent et régissent l'application du « principe de la non-contradiction » donnent toute sa signification à ce principe, et la variété des solutions adoptées à cet égard par les différents droits internes ayant atteint un niveau comparable de développement permet d'affirmer qu'il n'existe pas en la matière de « principe général de droit » au sens de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye. On peut dire, en se référant une fois de plus aux remarques fort pertinentes de sir Percy Spender, que conférer à l'*estoppel* la valeur quelque peu informelle d'une maxime ayant pour effet automatique de rendre irrecevable toute allégation ou prétention contraire à une attitude antérieure reviendrait à appliquer à la solution d'une affaire des considérations qu'il serait à peine possible de distinguer des considérations *ex æquo et bono* ⁷⁶⁸. Aucun système de droit ne paraît en effet avoir établi une règle générale en vertu de laquelle une Partie serait liée dans tous les cas par ses déclarations, actes ou comportements.

L'*estoppel by representation* strictement défini ne s'est donc pas introduit dans le droit des gens en tant que l'un des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés à l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye.

Section II

L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION, INSTITUTION DE LA COMMON LAW, A PRIS CORPS DANS L'ORDRE INTERNATIONAL PAR LA VOIE COUTUMIÈRE

82. Remarques introductives. — Si l'institution de l'*estoppel by representation* rigoureusement construit n'a pas trouvé place dans

ricosciuto dalle nazioni civili. Si deve piuttosto ritenere che l'istituto manchi di una propria autonomia concettuale. Vale, infatti, anche nei confronti dell' 'estoppel', la critica che è stata portata nel nostro diritto interno al concetto di preclusione. »

⁷⁶⁸ Cf. *supra*, par. 54, p. 134 (*affaire du temple de Préah Vihéar, Opinion dissidente de sir Percy Spender*).

le droit des gens par le biais conventionnel ou en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées », sa transposition de l'ordre interne à l'ordre international n'a pu s'opérer que par la voie coutumière⁷⁶⁹. Ce cas spécial de la formation d'une coutume internationale à partir d'une institution technique mise au point par un système juridique interne ne semble guère avoir retenu l'attention de la doctrine. On ne rencontre que peu d'indications sur un tel processus de réception par le droit international d'une règle de droit interne⁷⁷⁰.

Les quelques autorités qui ont estimé possible de qualifier l'*estoppel* reçu par le droit des gens de règle coutumière n'ont pas cherché à démontrer qu'il remplissait les conditions nécessaires à l'existence d'une coutume internationale. Les unes, doutant qu'il puisse être décrit comme un principe commun à tous les droits nationaux, ont simplement avancé qu'un examen approfondi de la pratique des Etats et de la jurisprudence internationale permettrait sans doute d'affirmer qu'il répond, ou est en voie de répondre, aux critères requis pour une norme coutumière du droit international⁷⁷¹; d'autres se sont bornées à souligner qu'il a été expressément consacré par de nombreuses décisions arbitrales et judiciaires internationales⁷⁷²; d'autres enfin ont jugé possible de lui conférer directement cette qualification⁷⁷³. Aucune de ces autorités n'a procédé à une analyse détaillée pour établir le bien-fondé de cette assertion.

769. Voir les indications données, *supra*, pp. 216-218, sur les trois sources formelles du droit des gens.

770. Des auteurs ont certes noté qu'au cours de sa période de formation, c'est-à-dire de la fin du XVII^e siècle jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le droit international s'est inspiré à diverses occasions de règles élaborées par des systèmes juridiques internes, principalement par le droit romain, pour établir ses règles conventionnelles ou coutumières. Ainsi que sir Humphrey Waldock l'a souligné dans son « General Course on Public International Law » (*op. cit.*, *supra*, p. 228, note 706), cela tient au fait que la plupart des juristes consultés par les gouvernements étaient des civilistes qui « inevitably ... brought to the solution of international problems the stock of legal principles which they had absorbed in their study of civil law ... In the formative period of modern international law, from the Peace of Westphalia in 1648 until the middle of the nineteenth century, the lawyers in question were almost invariably Roman lawyers ... It is not therefore surprising that principles of Roman law are the historical source of many principles found in international custom and treaty law ». Voir également Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 8 et ss., Paul Guggenheim, « Contribution à l'étude des sources du droit des gens » *R.C.A.D.I.* 1958, vol. II, p. 20 et ss., et « Les origines de la notion autonome du droit des gens », *Symbolae Verzijl* (La Haye: M. Nijhoff, 1958), p. 177 et ss., Sørensen, « Principes de droit international public », p. 16. Mais leurs observations concernent essentiellement les origines du droit des gens, et non l'incorporation récente dans ce droit, par la voie coutumière, d'une règle technique mise au point par un système de droit interne.

771. Cf. MacGibbon, *Estoppel*, pp. 468-470, 512-513, Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 116.

772. Cf. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 51, Louis, *Estoppel*, pp. 225, 232 *in fine* - 233. Et voir les observations présentées à ce sujet, *infra*, pp. 243-246.

773. Cf. Conférences des Nations Unies sur le droit des traités, 1^{re} session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Documents officiels, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière*, p. 433, par. 76, où M. Sinclair (délégué du Royaume-Uni) a déclaré: « La délégation britannique pense que l'article 42 [cf. les indications données à ce sujet, *supra*, pp. 187-189]

Il est évident que l'*estoppel* ne peut être présenté comme une règle coutumière du droit des gens que s'il remplit les conditions de formation d'une coutume internationale. Il y a donc lieu de tenir compte à son sujet des traits fondamentaux de la théorie du droit international coutumier.

83. L'*estoppel* et la théorie générale de la coutume internationale.

— Il est admis que le phénomène coutumier implique la réunion de deux éléments : un *élément matériel*, constitué par une pratique constante et uniforme, c'est-à-dire la répétition prolongée et concordante de certains actes (*consuetudo*), et un *élément psychologique ou subjectif*, constitué par la conviction des sujets de droit que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit (*opinio juris sive necessitatis*)⁷⁷⁴. Il est également reconnu, s'agissant du degré de généralité exigé pour qu'une coutume puisse être qualifiée d'« universelle », que l'unanimité n'est pas exigée et qu'il est suffisant — comme l'indiquent les textes internationaux pertinents (en particulier l'article 38, paragraphe 1 *b*), du Statut de la Cour de La Haye) et la doctrine — que l'on soit en présence d'une pratique « générale » acceptée comme étant le droit⁷⁷⁵.

La question se pose donc de savoir si l'*estoppel by representation*, institution procédurale concernant les limites au droit de faire la preuve que la *common law* a établie en en déterminant strictement les éléments constitutifs et dont le droit des gens a retenu les

n'exclut pas que la théorie de l'*estoppel* puisse s'appliquer, en vertu du droit coutumier, à tous les articles de la convention, sauf ceux qui ont trait à la contrainte ou au *jus cogens*... ». De même Olivier Deleau, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *A.F.D.I.* 1969, p. 12, qui a souligné que cet article « constitue une application particulière de la règle du droit international général, dite de l'« estoppel »... ».

774. Une vaste littérature existe sur cette question, et les opinions sont fort divergentes. On peut mentionner notamment les ouvrages suivants : Sørensen, *Les sources du droit international*, pp. 105-111, Paul Guggenheim, « Les deux éléments de la coutume en droit international public », *Mélanges Georges Scelle* (Paris : L.G.D.J., 1950), p. 275 et ss., *Traité* (1^{re} éd.), tome I, pp. 46-48, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 101-103, Virally, « The Sources of International Law », pp. 130-135, par. 3.11-3.15, Marek, *op. cit.*, pp. 55-60, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 328-341, par. 275-281, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 69-71. S'agissant de la position de la C.P.J.I. sur cette question, cf. *Répertoire Guggenheim*, vol. 2, pp. 22 *in fine*-23, 805-810. Il est à signaler que la C.I.J. a fermement réaffirmé la doctrine des deux éléments constitutifs de la coutume dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord* en soulignant notamment, *C.I.J. Recueil* 1969, p. 44, par. 77 : « Non seulement les actes considérés doivent présenter une pratique constante, mais en outre ils doivent témoigner, par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats doivent avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. »

775. Cf. Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, p. 107, Virally, « The Sources of International Law », pp. 132-133, par. 3.14, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 319-320, par. 270, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 71.

caractéristiques techniques essentielles⁷⁷⁶, a pris corps dans l'ordre international par l'effet d'une pratique constante et générale, assortie de l'*opinio juris*.

Si l'on se réfère à la théorie du droit international coutumier, on constate que les précédents d'où naît la coutume peuvent être de nature variée, aussi bien en ce qui concerne leurs auteurs qu'en ce qui concerne leur forme⁷⁷⁷. Ainsi que Charles Rousseau l'a clairement noté⁷⁷⁸, ils sont constitués en premier lieu par l'ensemble des manifestations extérieures qui traduisent la vie internationale de l'Etat et comprennent les actes juridiques accomplis à ce titre par les divers organes étatiques, qu'il s'agisse d'actes de l'organe exécutif (pratique gouvernementale et diplomatique), de l'organe législatif (lois internes portant sur des matières d'ordre international, telles que la mer ou la neutralité), ou de l'organe juridictionnel (décisions de tribunaux internes appelés à se prononcer sur des questions d'ordre juridique international, par exemple en matière de prises) ; ils peuvent être également constitués par des actes interétatiques, c'est-à-dire, essentiellement, par des traités internationaux dont l'objet est moins d'édicter des règles nouvelles que d'énoncer le droit existant ou qui, contenant des stipulations identiques (clauses-types), paraissent traduire une conviction juridique, de même que par des décisions arbitrales et judiciaires internationales qui, du fait qu'elles sont rendues par des organes institués conventionnellement par des Etats, peuvent jouer un rôle important dans la formation de règles coutumières. Certains ouvrages récents ont signalé que la pratique des Organisations internationales, qui sont des sujets du droit international, peut contribuer aussi à la création de coutumes, tant au regard des coutumes interétatiques qu'au regard des coutumes applicables à ces Organisations elles-mêmes⁷⁷⁹.

Cela étant, quels sont les précédents d'où est née, en droit international public, une règle coutumière directement inspirée de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law* ? Comme on l'a vu, l'*estoppel* strictement défini que le droit des gens a retenu est une construction exclusivement jurisprudentielle qui s'est édifiée progressivement sur la base de précédents arbitraux et judiciaires, et cela, manifestement, grâce au concours influent d'arbitres et de juges formés à l'école de la *common law* et en raison de l'argumentation convaincante de certains plaideurs⁷⁸⁰. On a certes indiqué que la

776. Cf. *supra*, par. 72, pp. 193-194 et par. 78, pp. 214-215, et *infra*, 3^e Partie, Chapitre II, p. 272 et ss.

777. Cf. Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 50-53, Rousseau, *Droit international public* (1971), pp. 328-341, par. 275-281, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 72.

778. Rousseau, *loc. cit.*

779. Cf. notamment Virally, « The Sources of International Law », pp. 139-140, par. 3.18, et Rousseau, *Droit international public* (1971), pp. 340-341, par. 281, qui soulignent toutefois les nombreux problèmes que cette possibilité soulève et la circonspection qui s'impose dans ce domaine en raison de l'origine relative récente de ces Organisations.

780. Cf. *supra*, Chapitre III, p. 139 et ss.

jurisprudence internationale, « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » aux termes de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye, ne constitue pas une source formelle du droit international, mais on a souligné qu'il est admis qu'elle est susceptible de contribuer positivement à la création de règles coutumières, s'agissant notamment du droit judiciaire⁷⁸¹. Ainsi que l'ont relevé en effet différents auteurs, si le droit des gens ne connaît pas la règle du *stare decisis*, qui est pratiquée de manière rigoureuse par certains pays⁷⁸², et n'accorde donc qu'un effet relatif à l'autorité de la chose jugée (une décision n'est obligatoire que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé, et n'établit en conséquence que des normes individuelles⁷⁸³), il considère néanmoins que la jurisprudence internationale — arbitrale et judiciaire — constitue un facteur important pour le développement du droit coutumier⁷⁸⁴. Lazare Kopelmanas a donné à ce propos, en 1937, des indications fort intéressantes dont on peut citer en particulier les passages suivants :

« ... It is easy to establish by a simple piece of logical reasoning that the judge may be considered as the author *par excellence* of custom. He it is as a general rule who has the task of defining the content of an abstract rule of positive law. Given the generally conservative character of judges, it may be presumed that this labour of definition will go on the same lines. Similar decisions of a judge given in similar situations are thus capable of giving rise to customary rules.

The observation of the facts confirms this reasoning. Whether it is a question of international procedure (which is indisputably the province of the judge), or whether it is a question of rules of substantive law, we observe that important rules have only become positive legal rules because they have been declared to be such by a great number of decisions.

This is particularly the case with certain rules of procedure of the Permanent Court [la C.P.J.I.] which were not defined either by the Statute or by the Rules of the Court. Their present shape has been evolved in the practice of the Court ...

.....

In any case the creation of legal rules by custom by the action of the international judge is an incontestable positive fact. In view of the abundance of this creation and the resulting progress of international law it is indispensable to examine somewhat more carefully the process which is proper to this method of the elaboration of customary law. In this respect a very interesting evolution may be observed in the history of international case-law.

781. Cf. *supra*, pp. 217 *in fine* - 218.

782. Cf. *supra*, p. 217 *in fine*.

783. Cf. le texte de l'article 59 du Statut de la C.I.J., cité *supra*, p. 217, note 654.

784. Cf. notamment Kopelmanas, *op. cit.*, pp. 141-146, L. Oppenheim, *International Law A Treatise* (7^e et 8^e éd., par H. Lauterpacht ; Londres : Longmans, Green & Co., 2 vol., 1952 et 1955), vol. 1, p. 31, Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, p. 112, Virally, « The Sources of International Law », pp. 150-152, par. 3.27, Ch. De Visscher, *Théories et réalités* (4^e éd.), p. 418, Rousseau, *Droit international public* (1971), pp. 337-340, par. 280, Nguyen Quoc Dinh, *op. cit.*, p. 319-321, par. 245.

At the beginning of the evolution of activity in arbitration, arbitrators found themselves confronted by an absolute vacuum. Apart from treaties, only a few rules are to be found resulting from the practice of states, with all the hazards of this method for working out law to which we have called attention. Arbitrators make good this deficiency either by frequent reference to the theories of writers which at this moment are playing the part almost of a real source of international law or by the use of arguments based on good sense and equity. Sometimes, when the decision is given by an institution which is connected with some definite municipal system, the judgment follows the proper domestic law of the arbitrator or even Roman law.

As time passes the mass of decisions defines the principles of international law and at the same time modifies their rigidity. In the end a body of doctrine emerges to which later arbitrators refer. These appeals to precedent, these reciprocal references, are in truth the way in which rules of law are created by customary case-law. When a certain number of decisions have given one result we can be sure that we have before us a positive legal rule which is capable of asserting itself on all later occasions.» ⁷⁸⁵

Il est clair que l'un des deux éléments constitutifs de la coutume internationale, l'élément matériel (*consuetudo*) peut être aisément dégagé en ce qui concerne le « droit coutumier jurisprudentiel » (*customary case-law*). Comme Michel Virally l'a noté, « la multiplication des jugements consacrant la même solution et leur persistance dans le temps font pénétrer dans le droit positif la règle sur laquelle ils s'appuient » ⁷⁸⁶. Qu'en est-il de l'élément subjectif (*opinio juris sive necessitatis*) ? Doit-on estimer qu'il forme une condition indispensable à la validité d'une règle coutumière lorsque les tribunaux internationaux sont les agents de la formation de cette règle ? Sans entrer dans tous les aspects des discussions doctrinales sur cet élément constitutif de la coutume internationale, on peut affirmer qu'en suivant de manière constante une certaine pratique, en consacrant de façon répétée la même solution dans leurs décisions, les arbitres et les juges internationaux témoignent à l'évidence qu'ils acceptent cette pratique « comme étant le droit ». On doit noter d'ailleurs la complexité de ce processus de formation d'une règle coutumière et la multiplicité des mobiles possibles à ses différentes étapes — notamment l'invocation par les Parties en litige elles-mêmes de précédents arbitraux et judiciaires internationaux pour établir l'existence de la règle, et le fait qu'en acceptant sans réserve une décision rendue par un tribunal international sur la base d'une « règle jurisprudentielle » ⁷⁸⁷, les Etats agissent dans la conviction du bien-fondé de l'application que ce tribunal a fait de cette règle et contribuent, par là même, à sanctionner cette application par une

785. Kopelmanas, *op. cit.*, pp. 141-143 (notes omises).

786. Virally, *La pensée juridique*, p. 165.

787. Ainsi que Michel Virally l'a clairement souligné in *La pensée juridique*, p. 166 : « La règle jurisprudentielle résulte de la signification intrinsèque d'un certain nombre de précédents ».

coutume internationale. Une dernière remarque s'impose : on ne saurait considérer, à l'instar de certains auteurs ⁷⁸⁸, que la jurisprudence est une source juridique autonome du droit des gens, indépendante du droit coutumier, et il paraît exact d'avancer, avec d'autres auteurs ⁷⁸⁹, que les règles qui se dégagent des décisions arbitrales et judiciaires s'imposent comme règles coutumières « lorsqu'elles sont suffisamment constantes pour paraître refléter l'assentiment général des Etats » ⁷⁹⁰.

Les tribunaux internationaux, et notamment la Cour de La Haye, de même que des arbitres et des juges internationaux dans leurs opinions jointes aux décisions, ont expressément admis à diverses reprises l'applicabilité aux rapports interétatiques de l'*estoppel* rigoureusement construit, souvent invoqué devant eux par des Parties en litige, et ils en ont donné une définition qui correspond de façon précise à celle de l'*estoppel by representation* de la *common law* ⁷⁹¹. On peut donc affirmer que la réception par le droit des gens de cette institution technique, qui, dans l'ordre international comme dans l'ordre interne, est intrinsèquement liée à l'exercice d'une fonction de juridiction ⁷⁹², s'est clairement opérée par la voie de la coutume jurisprudentielle (*customary case-law*). Sa consécration par la Cour de La Haye permet de la qualifier de coutume « générale » (ou « universelle ») ⁷⁹³.

La question se pose certes de savoir si l'on peut véritablement parler d'une coutume en l'absence de précédents — l'*estoppel* strictement interprété n'ayant été appliqué en effet qu'une fois, et à titre complémentaire, dans l'*affaire Corvaia* ^{793bis}. Ou plutôt : peut-on retenir comme précédents des décisions arbitrales et judiciaires qui se sont prononcées nettement sur l'existence et le contenu d'une règle, mais ne l'ont pas appliquée parce que ses éléments constitutifs ne leur ont pas paru réunis ? Tout permet de l'admettre, car on ne voit pas pourquoi l'on ne pourrait compter comme précédents des sentences et arrêts qui, ayant clairement défini une règle, sont arrivés à des conclusions négatives quant à son applicabilité en l'espèce.

788. Cf. notamment Georges Scelle, *Droit international public, Manuel élémentaire* (Paris : Domat-Montchrestien, 1943), p. 406, Sørensen, *Les sources du droit international*, p. 156 et ss.

789. Notamment Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), vol. I, pp. 31-32, 112, note 3, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 368-369, par. 292, litt. b), Virally, « The Sources of International Law », p. 152, qui écrit : « Judicial and arbitral decisions ... represent an integral part of international practice in the creation of customary rules. Though they do not proceed directly from states, they are rendered by organs specially established for the purpose by agreement between states which are there represented in the proceedings which lead to decision. States, equally, secure their execution, guaranteed, in the case of the International Court, by the Security Council (Art. 94 of the Charter). These characteristics sufficiently explain the importance of their contribution to the formation of custom ... ».

790. Rousseau, *loc. cit.*

791. Cf. *supra*, Chapitres II et III, pp. 93-172.

792. Cf. *supra*, par. 6-7, pp. 15-19, par. 17, pp. 39-41, et *infra*, 3^e Partie, Chapitres I, II et IV.

793. Cf. *supra*, Chapitre III, pp. 139-172.

793 bis. Cf. *supra*, pp. 141-142.

CHAPITRE VII

NON-RÉCEPTION PAR LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INSTITUTION DE L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA DE LA COMMON LAW. — ASPECTS DE CETTE INSTITUTION QUI SEMBLERAIENT POUVOIR L'INTÉRESSER

84. Remarques introductives. — Une analyse approfondie du principe de l'autorité de la chose jugée en droit international public nécessiterait des développements qui ne trouvent pas leur place ici ⁷⁹⁴. On se bornera, après avoir rappelé les caractéristiques essentielles de l'*estoppel by res judicata*, à indiquer que cette institution de la *common law* ne semble pas avoir été prise en considération jusqu'ici sur le plan international (voir par. 85), et l'on se posera la question de savoir si elle n'est pas susceptible, par certains de ses aspects, de retenir l'attention des tribunaux internationaux (voir par. 86).

85. Observations générales. — On a vu que l'institution de l'*estoppel by res judicata* (ou *estoppel per rem judicatam*, ou encore, selon la terminologie classique, *estoppel by record*), qui intervient en matière de chose jugée, constitue l'une des deux formes principales de l'*estoppel* en droit anglais, et l'on a évoqué l'évolution historique qui explique le rôle important qu'elle joue dans ce domaine ⁷⁹⁵. Sans entrer dans le détail des différents aspects, au demeurant assez compliqués, de la doctrine de la chose jugée en droit anglais, on a noté que l'*estoppel by res judicata* se présente, dans les conditions et selon

794. La plupart des traités et ouvrages généraux de droit international public donnent des indications à ce sujet. Parmi les monographies et articles qui ont examiné cette question avec soin, on peut mentionner notamment (par ordre chronologique) : Merignhac, « De l'autorité de la chose jugée en matière de sentence arbitrale », *R.G.D.I.P.* 1898, pp. 606-625, Limburg, « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *R.C.A.D.I.* 1929, vol. V, pp. 523-618, Bin Cheng, *op. cit.*, Chapitre 17, p. 336 et ss., Maarten Bos, *Les conditions du procès en droit international public* (Bibliotheca Visserania, vol. XIX ; Leiden : Brill, 1957), pp. 75-89, Charles De Visscher, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice* (Paris : Pedone, 1966, ci-après mentionné « Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural* »), pp. 177-185.

795. Cf. *supra*, par. 2, al. a, pp. 10-11, par. 3, al. a, p. 12 et par. 4, pp. 13-14.

les modalités fixées par ce droit, comme l'interdiction faite à une personne de contredire ou de contester en justice un point de fait ou de droit précédemment tranché par une décision judiciaire, en soulignant que « lorsqu'un tribunal anglais — ou, à certaines exceptions près, un tribunal étranger — compétent *ratione materiae* et *ratione personae* a rendu une décision judiciaire définitive, toute Partie à la décision est empêchée par *estoppel* de contester ou de remettre en question l'un des points fondamentaux (*merits*) de celle-ci dans tout litige ultérieur portant sur le même objet, à l'encontre de toute autre Partie à cette décision, et, dans le cas des jugements *in rem*, toute personne quelle qu'elle soit à l'encontre de toute autre personne »⁷⁹⁶. On a indiqué également que l'*estoppel by res judicata*, dont l'effet est d'interdire aux Parties à un jugement définitif, ou à leurs ayants cause, de contester les points de fait et de droit établis par un tribunal dans la partie « déclarative » de ce jugement, se distingue de l'exception appelée *plea of former recovery* ou *bar to subsequent proceedings* qui vise, elle, s'agissant de la partie « opérative » du jugement, à empêcher lesdites Parties, ou leurs ayants cause, d'ouvrir, devant tout tribunal anglais, une seconde action portant sur le même objet pour la même cause — distinction fondamentale puisque, contrairement au *bar to subsequent proceedings*, l'*estoppel by res judicata*, ou tout au moins l'une de ses catégories dénommée aujourd'hui *issue estoppel*⁷⁹⁷, n'exige pas, pour que son effet se produise, qu'il y ait identité de cause d'action dans les deux instances⁷⁹⁸. Le système de droit civil, qui s'est inspiré directement de la doctrine romaine de la *res judicata*⁷⁹⁹, ne connaît pas une telle distinction. En effet, ainsi que Spencer Bower et Turner l'ont constaté :

« ...It is to be observed that the Roman rule recognizes no such distinction as is drawn in our law between the effect of a *res judicata* as a bar to any contradiction, and its effects as a bar to any repetition, of that which has formerly been adjudged, but contents itself with a general prohibition of any reopening or re-agitation of the *res judicata*, in whatever form, and for whatever purpose. »⁸⁰⁰

Qu'en est-il sur le plan international ? Il apparaît, si l'on se réfère aux textes pertinents, que le droit des gens s'est basé essentiellement sur la doctrine de la chose jugée telle que l'a façonnée, à la suite du droit romain, le système de droit civil, et exige en principe, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être invoquée, qu'il y ait identité des Parties, de l'objet de l'action et de la cause⁸⁰¹. Comme Anzilotti l'a souligné, l'article 59 du Statut de la Cour de La Haye,

796. Cf. *supra*, par. 26, pp. 50-51 (notes omises).

797. Voir les remarques présentées *supra*, p. 49, note 220, sur les notions de *cause of action estoppel* et de *issue estoppel*.

798. Cf. *supra*, par. 27, pp. 51-52.

799. Voir les indications données à ce sujet par Limburg, *op. cit.*, pp. 523-524.

800. Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, p. 412, par. 514.

801. Cf. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, p. 181, par. 3.

en énonçant que « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé », vise bien « les trois éléments traditionnels d'identification, *persona*, *petitum*, *causa petendi*, car il est certain que 'le cas qui a été décidé' comprend aussi bien la chose demandée que la cause de la demande »⁸⁰². On verra cependant ci-dessous (par. 86) qu'il est admis que l'effet relatif d'une décision arbitrale ou judiciaire internationale comporte certaines exceptions. Il s'avère toutefois qu'aucun tribunal international ne semble avoir jamais envisagé que l'autorité de la chose jugée puisse s'attacher indépendamment de l'identité de la cause dans les deux instances — ainsi que le prévoit l'institution anglaise de l'*estoppel by res judicata* (*issue estoppel*) — à un point de fait ou de droit précédemment tranché par une décision arbitrale ou judiciaire. Et des quelques internationalistes qui ont mentionné au passage l'*estoppel by res judicata* comme l'une des formes de l'*estoppel* de la *common-law*⁸⁰³, un seul d'entre eux, D.W. Bowett, s'est demandé si cette institution n'était pas de nature à présenter quelque intérêt au plan international⁸⁰⁴. Ses observations sont dignes d'attention.

86. Aspects de l'institution de l'*estoppel by res judicata* qui sembleraient présenter quelque intérêt pour le droit international public. — Dans son étude sur l'*estoppel* en droit des gens, D.W. Bowett a avancé à ce sujet des considérations dont il paraît utile de citer les passages suivants :

« ... In the Anglo-American legal systems, and in international law too, *res judicata* presupposes identity of parties, object and cause: the effect of *res judicata* is to bar the entire claim which shares identity in these three respects with a previous claim. In those cases where this identity is not present, as, for example, where the claimant in the second action proceeds upon a different cause of action, *res judicata* cannot apply. However, in English and American municipal law the notion of collateral estoppel [terme employé parfois pour désigner l'*estoppel by res judicata* ou *issue estoppel*] is used to preclude the claimant from re-raising issues identical to those determined in a previous case between the same parties: the bar is partial, not complete, and the claimant is prevented from re-arguing only certain issues, not his claim as a whole. In reality this notion is one of partial *res judicata* and should be so treated by international tribunals. The reason why this notion is treated as estoppel rather than *res judicata* in English and American municipal law is an historical one; it lies in the extreme formalism of the early systems of pleading and need not

802. *Interprétation des arrêts numéros 7 et 8 (usine de Chorzów)*, arrêt n° 11, 1927, C.P.J.I. série A n° 13, *Opinion dissidente de M. Anzilotti*, p. 24.

803. Notamment McNair, *Occupation of the Rhur*, pp. 34 in fine - 35, Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 204, 206 in fine - 207, 244-248, Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (cité *supra*, p. 200, note 557), p. 234, Mosconi, *Estoppel*, pp. 389, 391, note 13, Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 120, note 65, Mabrouk, *op. cit.*, p. 110.

804. Bowett, *Estoppel*, pp. 176-180.

obscure the fact that the doctrine, in effect, has more kinship with *res judicata* than with estoppel. Its basis is *finis litium*, not the avoidance of inconsistency. Its advantage is that it prevents unnecessary litigation whilst at the same time conceding to a claimant his right to have any new cause of action adjudicated: as such it is a notion which international tribunals might usefully adopt.

It is not apparent, however, that this distinction between strict *res judicata* and partial *res judicata* (collateral or issue estoppel) has been specifically recognized by international tribunals. ...

.....

It is submitted that much might be gained by a clear recognition by international tribunals of this distinction between the total bar of *res judicata* and the partial bar of collateral or issue estoppel. Let us suppose State A claims for damage to certain property belonging to one of its nationals in State B's territory and alleges the vicarious liability of State B for the acts of rioters; this claim is dismissed on the basis that there was no vicarious liability upon State B. In subsequent claim State A claims for damage to other property, but occasioned in the same riots, and alleges both vicarious responsibility for the acts of the rioters and original responsibility upon State B for authorized acts of its armed forces. Clearly, for the court to apply the *res judicata* principle to the second claim would be unjust, for it would preclude State A from raising quite distinct issues from those previously determined. The most that ought to be done would be to apply the rule of collateral or issue estoppel so as to preclude State A from raising again the issue of vicarious responsibility.»⁸⁰⁵

Ce raisonnement paraît bien fondé. Il semble en effet que les tribunaux internationaux pourraient fort opportunément admettre, le cas échéant, qu'un point de fait (*issue of fact*) ou une question de droit (*question of law*) qui constitue précisément un point de fait déjà établi ou une question de droit déjà tranchée précédemment, s'agissant des mêmes Parties en litige, bénéficie de l'autorité de la chose jugée en dépit de la non-identité de la *causa petendi* dans les deux instances⁸⁰⁶. Le problème présente cependant quelques difficultés sur le plan international, en raison de l'indétermination qui paraît subsister au sujet de l'étendue exacte de la chose jugée⁸⁰⁷.

805. *Ibid.*, pp. 178 in fine-180.

806. Tout en considérant que les tribunaux internationaux ne paraissent pas avoir reconnu expressément la distinction entre ce qu'il nomme le « total bar of *res judicata* » et le « partial bar of issue estoppel », Bowett, *Estoppel*, pp. 179 in fine-180, estime néanmoins qu'une telle reconnaissance peut être implicitement tirée du passage suivant de l'arrêt que la C.I.J. a rendu dans l'affaire *Haya de la Torre*: « The question of the surrender of the refugee was not decided by the Judgment of November 20th. This question is new... There is consequently no *res judicata* upon the question of surrender. » (C.I.J. Recueil 1951, p. 80).

807. Cf. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, p. 180, Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, Etude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre* (Paris : Pedone, 1967), p. 247. Voir également Lauterpacht, *Private Law Sources*, pp. 245-247, par. 110.

On a vu que le droit anglais a élaboré à ce sujet une doctrine cohérente : l'*estoppel by res judicata* (issue *estoppel*) intervient, même en l'absence d'identité de la cause de la demande dans les deux instances, en ce qui concerne la partie « déclarative » d'un jugement définitif antérieur (c'est-à-dire les points de fait et de droit qui constituent le fondement même de la décision et en forment le soutien nécessaire), la partie « opérative » de ce jugement (à savoir l'énonciation de la décision elle-même) restant pour sa part en dehors de son champ d'application, à moins que ses termes ne soient nécessaires à la détermination de telle question de fait ou de droit, parce qu'elle donne lieu à une exception différente qui exige, elle, l'identité de la *causa petendi*⁸⁰⁸. Le droit international ne semble pas avoir établi une distinction aussi claire, la question demeurant posée de savoir dans quelle mesure l'autorité de la chose jugée, qui s'attache au dispositif d'un jugement ou d'une sentence, s'étend également aux motifs de ceux-ci, c'est-à-dire à l'« exposé des raisons de fait et de droit qui déterminent l'arbitre ou le juge à prendre la décision énoncée dans le dispositif de la sentence arbitrale, du jugement ou de l'arrêt »⁸⁰⁹. On peut certes noter que la Cour de La Haye a précisé, dans un avis consultatif, qu'« il est certain que les motifs contenus dans une décision, *tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif*, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées », en ajoutant néanmoins tout aussitôt qu'« [i]l est parfaitement exact que toutes les parties d'un jugement visant les points en litige s'expliquent et se complètent l'une l'autre et doivent être prises en considération, afin d'établir la portée et le sens précis du dispositif »⁸¹⁰, introduisant par là même quelque incertitude au sujet de l'étendue de la chose jugée ; on peut estimer en effet, avec Charles De Visscher, que de telles formules sont difficiles à appliquer dans un cas donné parce que « [s']il est clair que le dispositif ne se comprend correctement qu'à l'aide des motifs, quand peut-on dire qu'il est, ou n'est pas, dépassé par eux ? »⁸¹¹.

808. Cf. *supra*, par. 27, pp. 51-52.

809. Dictionnaire de la terminologie du droit international, p. 396 (sous « Motifs »).

810. *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 11*, pp. 29-30 (nos italiques). On peut citer aussi le passage suivant de la sentence que la C.P.A. a rendue dans l'*affaire du fonds pieux des Californies* (références données *supra*, p. 79, note 66) : « Considérant que toutes les parties d'un jugement ou d'un arrêt concernant les points débattus au litige s'éclairent et se complètent mutuellement et qu'elles servent toutes à préciser le sens et la portée du dispositif, à déterminer les points sur lesquels il y a chose jugée et qui partant ne peuvent être remis en question ... » (R.S.A.N.U., vol. IX, p. ...).

811. Cf. Ch. De Visscher, *loc. cit.* (note omise). Dans le même sens : Abi-Saab, *loc. cit.*, qui parle notamment de la « distinction plus difficile encore à effectuer en pratique, entre les motifs 'essentiels' ou 'indispensables' du dispositif... auxquels s'étend l'autorité de la chose jugée, et les autres motifs qui sont dépourvus d'une telle autorité », et rappelle (p. 247, note 76) que le juge Anzilotti avait — dans son opinion dissidente dans l'*affaire de l'interprétation des arrêts n°s 7 et 8 (usine de Chorzów)*, C.P.J.I., série A n° 13, p. 24 — qualifié cette distinction de « distinction plus ou moins arbitraire, qui ne repose sur aucun fondement solide » ; Georges Abi-Saab note cependant, se référant à différents auteurs, que

Un autre problème que la doctrine anglaise de la *res judicata* a résolu de manière spécifique pourrait aussi, semble-t-il, retenir l'attention des tribunaux internationaux : c'est celui des jugements *in rem*. On a constaté que le droit anglais n'exige pas, pour que l'autorité de ces jugements puisse être invoquée, qu'il y ait identité des Parties dans les deux instances, car il considère qu'ils s'imposent *erga omnes* par le fait même qu'ils déterminent, déclarent ou définissent la situation d'une personne ou d'une chose à l'égard du monde en général (dans les limites, bien entendu, des compétences juridictionnelles des tribunaux qui les ont rendus)⁸¹² ; il en résulte que chacun peut se prévaloir en justice de l'*estoppel by res judicata* découlant d'une décision judiciaire *in rem*, ou être lié par lui, et que celui qui recourt à ce moyen ne doit démontrer par conséquent que l'identité d'objet (*petitum*) dans les deux instances⁸¹³. De quelle manière le droit des gens règle-t-il ce problème ? On a observé que si les internationalistes s'accordent à reconnaître que l'autorité de la chose jugée n'est pas absolue, mais relative, ils admettent toutefois que ce principe comporte certaines exceptions⁸¹⁴. En effet, ainsi que Charles De Visscher l'a clairement écrit :

« Les arrêts qui statuent sur la souveraineté territoriale d'un Etat ou sur la délimitation des frontières entre deux Etats, font, au contraire, exception à la relativité de la chose jugée. La raison en est que ce qui est ici l'objet de la décision, le statut territorial, se présente dans les rapports internationaux comme une situation objective ayant effet *erga omnes*. Alors même que, du point de vue procédural ou formel, l'instance ne met en cause que deux Etats, une sentence telle que la sentence arbitrale *Palmas* ou l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Statut juridique du Groenland Oriental* est opposable à toute revendication d'Etats tiers ; elle agit *in rem* et non pas seulement *in personam*. »⁸¹⁵

cette distinction semble acceptée aussi bien en droit interne (français) que dans la jurisprudence de la Cour de La Haye, soulignant que la C.P.J.I. y a fait appel dans l'affaire susmentionnée en déclarant, p. 20, que l'un des motifs de l'arrêt qu'il s'agissait d'interpréter était une des « constatations qui constitue une condition absolue de la décision de la Cour » et qui « fait, par conséquent, partie des points que l'Arrêt n° 7 a tranchés avec force obligatoire aux termes de l'article 59 du Statut », et donnant des indications du même type en ce qui concerne la position de la C.I.J. et de certains de ses juges.

812. Cf. *supra*, par. 32, al. c, p. 57.

813. Cf. *supra*, p. 58. Spencer Bower et Turner, *Res Judicata*, p. 414, par. 520, indiquent qu'il est difficile de savoir si, et dans quelle mesure, la doctrine romaine de la *res judicata* a admis que l'identité des Parties dans les deux instances n'était pas exigée s'agissant des jugements *in rem* ; ils soulignent notamment (*loc. cit.*, notes omises) : « Roman jurisprudence recognised the distinction between actions *in rem* and actions *in personam*, at all events for the purposes of formulary procedure, though the distinction does not seem to have played anything like the important part in the rules as to parties which it has always played in the English law of *res judicata* ... It does not appear ... to what, if any, extent the Roman doctrine of *res judicata*, so far as regards the rule requiring proof of identity of parties, was affected by consideration of the special nature of these forms of action. »

814. Cf. *supra*, pp. 248 *in fine* - 249.

815. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, pp. 183 *in fine* - 184. Dans le même sens : Jacqué, *op. cit.*, p. 361, qui ajoute : « De plus, dans le cadre

L'identité des Parties dans les deux instances n'est donc pas exigée dans un tel cas. Rien n'indique, par contre, que le droit international admette également, à l'instar de l'institution de l'*estoppel by res judicata* (issue *estoppel*), que l'identité de la *causa petendi* n'est pas requise en pareille hypothèse. Il semble donc que les solutions que le droit anglais a mises au point dans ce domaine pourraient être opportunément prises en considération sur le plan international. Un examen approfondi de cette question, qui présente indéniablement un réel intérêt, nécessiterait des recherches qui dépassent les limites du présent travail. Des études pourraient être utilement entreprises à ce sujet.

du contentieux de la légalité des actes d'une organisation, les décisions relatives à ces actes produisent des effets à l'égard de l'ensemble des membres de l'organisation. Comme la Cour de Justice des Communautés européennes l'a affirmé à plusieurs reprises, les arrêts d'annulation produisent des effets à l'égard des parties et des personnes directement concernées par l'acte annulé. Le développement du contentieux objectif au sein des organisations conduit à conférer une autorité *erga omnes* de l'arrêt quant à ses destinataires » (note omise). Voir aussi Limburg, *op. cit.*, p. 550 et ss. (chapitre intitulé « Les effets de la décision arbitrale vis-à-vis des Etats tiers »), qui se penche en particulier sur la question de savoir si l'autorité d'une sentence arbitrale rendue dans un différend entre deux Etats parties à un traité multilatéral prévoyant d'avance que les différends éventuels relatifs à l'interprétation de ce traité seront soumis à l'arbitrage s'étend également aux autres Parties contractantes, et qui parvient à la conclusion — après avoir mentionné les différents travaux qui ont conduit à la rédaction de l'article 63 du Statut de la Cour de La Haye, aux termes duquel « 1. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres Etats que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai. 2. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès, et s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard » — que le Statut garde le silence sur ce qui doit se produire quand les cosignataires ne sont pas intervenus, et qu'il serait donc souhaitable qu'« une jurisprudence arbitrale se fasse jour, qui se prononcera pour une autorité de la chose jugée vis-à-vis des Etats tiers plus grande que celle qui a été reconnue ... par le Statut de la Cour » (*ibid.*, p. 557).

Troisième Partie

THÉORIE ET CHAMP D'APPLICATION
DE L'ESTOPPEL
EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

87. Observations préliminaires et plan de la troisième Partie. —

Après avoir étudié dans la première Partie les deux formes principales que l'*estoppel* revêt aujourd'hui dans le système de la *common law*, à savoir celle de l'*estoppel by representation*, qui intervient dans le domaine des manifestations de volonté, et celle de l'*estoppel by res judicata*, qui opère en matière de décisions judiciaires¹, on a tenté de démontrer dans la deuxième Partie que le droit des gens à manifestation reçu l'une d'elles, celle de l'*estoppel by representation*, puisqu'il en a retenu les éléments essentiels en les transposant directement de l'ordre interne à l'ordre international². On a également indiqué que cette institution de la *common law*, qui ne saurait être qualifiée de principe général commun à tous les droits nationaux, a pris corps dans l'ordre international en tant que règle coutumière, en ce sens que sa réception par le droit des gens s'est clairement réalisée par la voie de ce que l'on peut dénommer la « coutume jurisprudentielle » (*customary case-law*)³. Mais on a constaté que si les tribunaux internationaux ont expressément admis à diverses reprises l'applicabilité aux rapports interétatiques de l'institution de l'*estoppel by representation* strictement interprété, en ne parlant du reste que d'*estoppel* tout court, ils n'ont pas encore eu l'occasion d'indiquer de façon précise quels sont la nature juridique, la portée et les effets de cette règle en droit des gens, et l'on a noté que seuls des plaideurs, des arbitres et des juges dans leurs opinions jointes aux décisions, de même que des auteurs, ont émis des avis, au demeurant fort variés, à ce sujet⁴. On a donc souligné que la théorie de l'*estoppel* soulève, en droit international, de nombreuses questions qui n'ont pas encore reçu de réponse, et l'on a spécifié que l'on s'attachera à résoudre dans la troisième Partie des problèmes souvent analogues à ceux que la *common law* a dû et doit encore affronter dans ce domaine⁵.

Puisque l'on est parvenu à la conclusion que le droit des gens s'est prononcé en faveur d'une construction rigoureuse de l'*estoppel*, en reprenant à son compte les traits fondamentaux qui caractérisent l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law*, il semble approprié de bâtir la présente Partie en adoptant à peu près le schéma du Chapitre II de la première Partie, relatif à l'*estoppel by representation* tel qu'il a été mis au point par le droit anglais,

1. Cf. *supra*, respectivement par. 6-25, pp. 15-48 et par. 26-36, pp. 49-62.

2. Voir en particulier la conclusion à laquelle on est parvenu *supra*, pp. 214-215, à la suite d'un examen de la pratique des Etats et des Organisations internationales et de la jurisprudence internationale.

3. Cf. *supra*, Chapitre VI, p. 216 et ss.

4. Voir les constatations conclusives présentées sur ce point *supra*, p. 215.

5. *Ibid.*

et de porter par conséquent l'attention sur les questions suivantes : « Définition, nature juridique et effets de l'estoppel en droit international public » (Chapitre premier) ; « Les éléments constitutifs de l'estoppel en droit international public » (Chapitre II) ; « Fondement juridique de l'estoppel en droit international public » (Chapitre III) ; « Mise en œuvre de l'estoppel en droit international public » (Chapitre IV) ; « Fins de non-recevoir contre l'estoppel en droit international public » (Chapitre V) ; « Champ d'application de l'estoppel en droit international public » (question examinée dans le cadre de la Conclusion générale). La seule section du Chapitre II de la première Partie que l'on ne prend pas en considération en ce qui concerne la structure de la troisième Partie est donc celle qui a trait à cette catégorie de l'estoppel *by representation* dénommée *promissory estoppel* — et cela tient au fait que le droit anglo-américain se trouve confronté en la matière avec des difficultés qui lui sont propres, pour les raisons que l'on a indiquées⁶, et qui n'existent pas en droit international, ou, du moins, qui ne se présentent pas de la même manière chez ce dernier⁷.

6. *Supra*, par. 13-15, pp. 29-37.

7. Il n'y a pas lieu, aux fins de la présente étude, de se pencher sur les controverses qui se sont élevées à propos de la promesse internationale, s'agissant essentiellement de la force obligatoire de la promesse unilatérale. On trouve des observations détaillées à ce sujet, ainsi que d'utiles indications bibliographiques, chez, entre autres, Suy, *op. cit.*, pp. X, 109-152, Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, pp. 186-188, 197, Venturini, *op. cit.*, pp. 396-405, Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 279-280, Jacqué, *op. cit.*, pp. 249-257, 336, 341, Rubin, *op. cit.* (l'ensemble de l'article a trait aux effets juridiques des déclarations unilatérales, compte tenu notamment des arrêts rendus par la C.I.J. le 20 décembre 1974 dans les affaires *des essais nucléaires (Australie c. France et Nouvelle-Zélande c. France, C.I.J. Recueil 1974*, respectivement p. 253 et ss. et p. 457 et ss.)). Qu'il suffise de signaler que Suy, Venturini et Jacqué se sont référés à l'institution de l'estoppel dans ce contexte, mais sans se préoccuper des traits particuliers qui caractérisent dans la *common law* la doctrine du *promissory estoppel*, et que Rubin, *op. cit.*, pp. 20-24, présente des indications intéressantes, quoique propres à un juriste formé à l'école du droit anglo-américain, sur l'applicabilité de cette doctrine dans l'ordre international. On peut se rallier à notre avis aux vues avancées fort clairement par Jacqué, *op. cit.*, p. 256, au sujet du rôle que la théorie stricte de l'estoppel peut jouer en matière de promesses internationales : « Il n'existe aucune raison sérieuse de contester la force obligatoire de la promesse unilatérale. Celle-ci donne naissance à une obligation. Tout au plus pourrait-on se demander si l'auteur de la promesse n'a pas la possibilité de retirer celle-ci à tout moment. Un tel retrait est bien entendu impossible lorsqu'on est en présence d'un cas d'estoppel, c'est-à-dire lorsque le destinataire s'est fondé sur la promesse pour modifier son comportement et que le retrait produit des conséquences dommageables à son égard. »

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION, NATURE JURIDIQUE ET EFFETS DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

88. Définition. — L'estoppel strictement déterminé que le droit des gens a retenu⁸ se présente, dans les conditions et selon les modalités fixées par ce droit⁹, comme l'interdiction faite à une Partie de contredire ou de contester en justice ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire. Le droit international s'est attaché, sur le modèle du droit anglais, à délimiter rigoureusement la portée et les effets de cette règle et à en établir de façon précise les éléments constitutifs en vue de fournir aux tribunaux internationaux des critères leur permettant de décider objectivement, dans certaines situations, s'il y a ou non irrecevabilité de la rétractation considérée.

On peut en donner la définition suivante, inspirée de la conception restrictive de l'estoppel telle qu'elle paraît s'imposer aujourd'hui dans la jurisprudence internationale¹⁰, des *dicta* de juges¹¹, des exposés de certains plaideurs¹² et des observations de quelques au-

8. Cf. *supra*, pp. 139-172, pp. 193-194 et pp. 214-215.

9. Conditions et modalités examinées *infra*, Chapitre II, pp. 272-303 et Chapitre IV, pp. 316-320.

10. Cf. *supra*, pp. 139-172.

11. Voir en particulier *supra*, pp. 130-131, 132-133, 135 *in fine* - 136 (affaire du temple de Préah Vihéar, respectivement *Separate Opinion* of sir Gerald Fitzmaurice, *Dissenting Opinion* of Judge Wellington Koo et *Dissenting Opinion* of sir Percy Spender), pp. 146-147 (affaire de Santa Isabel, Opinion dissidente du Commissaire américain) et 170, 171 (affaires du plateau continental de la mer du Nord, respectivement *Separate Opinion* of Judge Padilla Nervo et *Dissenting Opinion* of Judge Tanaka).

12. Voir en particulier *supra*, pp. 94-96 (affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube, respectivement *Discours* de M. De Visscher (Roumanie) et *Réplique* de sir Douglas Hogg (Grande-Bretagne)), 98-101 (affaire du statut juridique du Groënland oriental, respectivement *Réplique* du Gouvernement danois, *Duplique* du Gouvernement norvégien, *Exposé* de M. De Visscher (Danemark), 105-106 (affaire Losinger, respectivement *Exposé* de M. Sauser-Hall (Suisse) et *Réplique* de M. Stoykoviitch (Yougoslavie)), 107-109 (affaire Nottebohm, respectivement *Memorial* of Liechtenstein et *Contre-Mémoire* du Guatemala), 113-114 et 117 (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, *Duplique* du Nicaragua, *Oral Argument* of Mr. Jessup (Nicaragua) et *Duplique* de M. Rolin (Nicaragua)), 124-125 (affaire du temple de Préah Vihéar, *Argument* of sir Frank Soskice (Consuel for the Government of Thailand)), 151-152 (affaire relative à certains emprunts norvégiens, *Plaidoirie* de M. Poignard (France)), 154-156 (affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943, *Statement* of the Government of the United States of America et *Oral Argument* of Mr. Fawcett (Counsel for the Government of the United Kingdom)).

teurs¹³ : lorsqu'une Partie, par ses déclarations, ses actes ou ses comportements, a conduit une autre Partie à croire en l'existence d'un certain état de choses sur la foi duquel elle l'a incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de telle sorte qu'il en est résulté une modification dans leurs positions relatives (au préjudice de la seconde, ou à l'avantage de la première, ou les deux à la fois), la première est empêchée par estoppel d'établir à l'encontre de la seconde un état de choses différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant.

89. Nature juridique et effets. — On a indiqué dans la première Partie que l'*estoppel by representation* du droit anglais se décrit essentiellement, tout au moins sous sa forme la plus traditionnelle, comme une règle de procédure, au chapitre de l'administration des preuves¹⁴. Selon la doctrine classique, en effet, il ne constitue qu'un simple moyen de défense (exception d'irrecevabilité ou défense au fond) visant à empêcher la preuve de certains faits et, par voie de conséquence, à sanctionner la validité d'une situation juridique ; il ne saurait en aucun cas former le fondement même d'une action en justice. On a certes constaté qu'un vaste débat s'est ouvert, particulièrement ces dernières années relativement au *promissory estoppel*, sur la question de savoir s'il ne conviendrait pas de reconnaître à l'*estoppel by representation* le rôle plus large d'un principe générateur ou translatif de droits et d'obligations, c'est-à-dire d'une règle de droit matériel susceptible de se trouver à la base même d'une action, et l'on a noté, sans procéder à une analyse approfondie de ce délicat problème, que l'on rencontre des positions fort divergentes à ce sujet dans la jurisprudence et la doctrine britanniques et qu'il est pratiquement impossible, au stade actuel de la discussion, de tirer des conclusions certaines sur ce point¹⁵. On a donc jugé plus sûr, face à l'indétermination qui subsiste en la matière, de se rallier de façon générale aux vues de ceux qui affirment que l'*estoppel by representation*, de par sa nature même, ne peut entraîner que des *exceptions* et non des *actiones*, et l'on a construit l'ensemble de l'exposé en se référant à la théorie classique de cette institution.

Comme on l'a déjà signalé, la même incertitude semble régner à cet égard en droit des gens, s'agissant de l'*estoppel* strictement défini¹⁶. En effet, les tribunaux internationaux ne se sont jamais prononcés formellement sur cette question, à propos de laquelle des avis variés ont été émis par des avocats, des arbitres ou des juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, de même que par des auteurs. Un examen fouillé des positions prises sur ce problème fondamental paraît donc s'imposer.

13. En particulier les auteurs mentionnés *supra*, par. 71, pp. 190-192.

14. Cf. *supra*, par. 7, pp. 16-19.

15. *Ibid.*

16. Cf. *supra*, pp. 192, 206, 215.

Si l'on se penche sur les différentes affaires que l'on a analysées dans la deuxième Partie aux fins de déterminer la construction juridique de l'*estoppel* en droit international public¹⁷, on constate que l'*estoppel* rigoureusement construit, directement inspiré de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*, a été pris en considération exclusivement dans le cadre juridictionnel (procédure écrite et orale, décisions des tribunaux et opinions qui y sont jointes) et a toujours revêtu un caractère éminemment procédural (en dépit des affirmations contraires que des juges de la Cour de La Haye ont parfois avancées à ce sujet dans leurs opinions individuelles ou dissidentes¹⁸), en ce sens qu'il a été envisagé uniquement — comme on va le voir — en tant que moyen de défense. Comment aurait-il pu en aller autrement, compte tenu de la nature juridique de cette règle en droit interne classique ?

Il y a lieu de noter en premier lieu que le Parties en litige qui ont fondé l'un de leurs arguments sur l'*estoppel* ont souvent pris soin de mettre l'accent sur ses aspects procéduraux : dans l'*affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube*, Charles De Visscher, plaidant pour la Roumanie, l'a décrit comme une « théorie qui se ramène, en somme, à une *exception d'irrecevabilité* ; le Gouvernement roumain, dit-on, n'est pas recevable à plaider la nullité du Traité de Londres, parce que sa conduite donne un démenti à cette thèse. C'est ce que l'on pourrait appeler en français, je pense, une forclusion par l'effet d'une conduite contraire », et il a considéré que la « *fin de non-recevoir* que l'on nous oppose, cette *exception d'irrecevabilité* que l'on brandit, ne saurait, de l'avis des Cours britanniques elles-mêmes, être admise que moyennant deux conditions qui font absolument défaut ici »¹⁹ ; dans l'*affaire du statut juridique du Groënland oriental*, la Norvège a allégué que les « tribunaux britanniques et américains auraient dans un cas semblable appliqué le principe de l'*estoppel* et arrêté toute procédure. Il est admis que ce principe vaut également en droit international »²⁰, et le Danemark a aussi recouru à l'*estoppel* en avançant, par la voix de Charles De Visscher, que « le principe de l'*estoppel* est pleinement applicable à la Norvège, et l'équité la plus élémentaire doit nous conduire à considérer la Norvège comme *irrecevable à contester* une souveraineté qu'elle n'a pas seulement reconnue, mais dont la reconnaissance lui a valu d'appréciables avantages ... »²¹ ; dans l'*affaire Losinger*, l'agent de la Suisse et l'agent de la Yougoslavie se sont référés à une définition classique de l'*estoppel by representation* anglais qui fait clairement ressortir son caractère de règle fermant

17. Cf. *supra*, pp. 73-172.

18. Cf. *infra*, p. 265. Mais voir également *infra*, p. 268, où l'on indique que ces juges ont marqué à vrai dire une certaine indétermination au sujet de la nature juridique exacte de la règle de l'*estoppel* en droit des gens.

19. Cf. *supra*, p. 94 (nos italiques).

20. *Ibid.*, p. 97 (nos italiques).

21. *Ibid.*, p. 101 (nos italiques).

le droit à la preuve contraire ²² ; dans l'affaire *Nottebohm*, le Liechtenstein a affirmé qu'en vertu de la doctrine de l'*estoppel*, « the Government of Guatemala, irrespective of what the position might be under its own municipal law, were precluded from denying as against the Government of Liechtenstein that Mr. Nottebohm was a Liechtenstein national » ²³ ; dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, le Nicaragua a estimé que l'*estoppel* parassait « sous-jacent à la fin de non-recevoir opposée par le Honduras au Nicaragua » ²⁴ ; dans l'affaire du temple de Préah Vihear, Paul Reuter, conseil du Gouvernement du Cambodge, a rappelé que l'*estoppel* tel qu'il semble reçu en droit international a pu être défini « comme une exception, opposée à une allégation qui, bien que conforme peut-être à la réalité des faits, est contraire à une attitude antérieure d'une des parties » ²⁵ ; dans l'affaire des emprunts serbes, l'un des avocats de l'Etat serbe-croate-slovène, M. Devèze, a parlé de l'*estoppel* comme d'une exception de non-recevabilité opposable en l'espèce à l'action du Gouvernement français ²⁶, et l'un des avocats de la France, M. Basdevant, s'est référé pour sa part à l'exception tirée de la doctrine de l'*estoppel*, qui interdit à quelqu'un de souffler à la fois le chaud et le froid ²⁷ ; dans l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943, l'agent des Etats-Unis a souligné qu'en vertu de la doctrine de l'*estoppel*, « A party which has made an assertion necessary to its case is not permitted, subsequently in a lawsuit, to deny that assertion to the detriment of another party » ²⁸ ; dans l'affaire de la Barcelona Traction (1964), l'Espagne a fondé l'une de ses exceptions préliminaires sur l'*estoppel* en alléguant que le Gouvernement belge, par sa propre conduite, avait amené le Gouvernement espagnol à consentir au désistement de l'affaire avec la conviction de consentir au retrait définitif de la demande et était partant « forclos (*estopped*) de prétendre que sa communication de désistement ne constituait pas un retrait définitif de sa demande devant la Cour » ²⁹. Il est vrai que des plaideurs ont paru considérer parfois que l'*estoppel* strictement défini joue un rôle plus étendu que celui d'une règle se rapportant au seul problème de l'irrecevabilité des rétractions, mais une étude de leurs exposés permet de constater qu'ils oscillaient en fait entre les conceptions extensive et restrictive de l'*estoppel* et ne parvenaient guère, dès lors, à déterminer de façon précise la nature juridique de la règle en droit international ³⁰. Il est loisible d'affirmer

22. *Ibid.*, pp. 105-106.

23. *Ibid.*, p. 108 (nos italiques).

24. *Ibid.*, p. 113 (nos italiques).

25. *Ibid.*, p. 123 (nos italiques).

26. *Ibid.*, p. 149.

27. *Ibid.*, p. 150.

28. *Ibid.*, p. 155 (nos italiques).

29. *Ibid.*, p. 158 (nos italiques).

30. Tel fut le cas, par exemple, pour MM. Jessup et Rolin, plaidant pour le Nicaragua, dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne (cf. *supra*, pp. 117-118).

que, dans leur ensemble, les Parties en litige se sont toujours servies de l'*estoppel* rigoureusement construit comme d'un moyen visant à empêcher leur adversaire de venir contredire ou contester devant le tribunal ce qu'il avait précédemment dit, fait ou laissé croire, et jamais en vue de fonder une action.

Quelles conclusions peut-on tirer à ce sujet de la jurisprudence des tribunaux internationaux ? Est-il possible d'avancer qu'ils ont admis que l'*estoppel*, *stricto sensu*, n'est qu'une institution procédurale en vertu de laquelle — selon les termes utilisés par Christian Dominicé pour décrire l'*estoppel by representation* anglo-américain — « une partie à un procès n'est pas recevable à alléguer certains faits (et par conséquent à faire valoir la prétention ou, de manière générale, les conséquences juridiques qui en découlent), lorsque par ses déclarations antérieures elle a donné une représentation différente de ces faits, dont elle a tiré certains avantages ou qui a incité l'autre partie à agir à son détriment »³¹, ou doit-on estimer bien plutôt qu'ils lui ont expressément reconnu un rôle plus large ?

Il apparaît que les tribunaux arbitraux internationaux composés d'arbitres formés à l'école de la *common law* ont d'ordinaire considéré que l'*estoppel* doit remplir en droit des gens une fonction similaire à celle qu'il remplit traditionnellement en droit interne : dans l'*affaire de la Guyane britannique*, un arbitre a demandé à l'avocat du Venezuela si, en invoquant l'*estoppel*, il entendait affirmer que la Grande-Bretagne « is estopped from saying anything outside the Palmerston line » et, en conséquence, que « any different right cannot be asserted »³² ; dans l'*affaire Corvaia*, le surarbitre a déclaré, après avoir souligné que le Venezuela n'aurait certainement pas confié un emploi officiel important à Corvaia s'il n'avait pas eu la conviction justifiée que celui-ci avait renoncé à sa nationalité italienne d'origine, que l'Italie « is, therefore, now estopped to claim Corvaia as her citizen ... and may not say that ... »³³ ; dans l'*affaire Tinoco*, l'arbitre unique a rejeté l'*estoppel* invoqué par le Costa Rica en se rapportant à la définition stricte de l'*equitable estoppel* (c'est-à-dire de l'*estoppel by representation*) du droit anglo-américain, faisant notamment observer : « An equitable estoppel to prove the truth must rest on previous conduct of the person to be estopped, which has led the person claiming the estoppel into a position which the truth will injure him »³⁴ ; dans l'*affaire de Santa Isabel*, le commissaire américain s'est référé à une définition classique de l'*estoppel by representation*, disant : « Equitable estoppel is the effect of the voluntary conduct of a party whereby he is absolutely precluded ... from asserting rights which might perhaps have otherwise existed, either of property, contract, or of remedy, as against another person,

31. Dominicé, *Estoppel*, p. 330.

32. Cf. *supra*, p. 141 (nos italiques).

33. *Ibid.*, p. 142 (nos italiques).

34. *Ibid.*, pp. 144 (nos italiques).

who has in good faith relied upon such conduct, and has been led thereby to change his position for the worse, and who on his part acquires some corresponding right ... »³⁵ ; dans l'affaire *Shufeldt*, l'arbitre unique a considéré que le contrat de concession en cause avait bien reçu à l'origine l'approbation parlementaire nécessaire à sa validité, mais il a tenu à ajouter que l'argument que les Etats-Unis avaient fondé en l'espèce sur l'*estoppel* était conforme aux principes du droit international et aurait pu être pris en considération, spécifiant : « ... the Guatemala Government having recognized the validity of the contract for six years and received all the benefits to which they were entitled under the contract and allowed Shufeldt to go on spending money on the concession, is *precluded from denying its validity*, even if the approval of the Legislature had not been given to it »³⁶.

La Cour de La Haye a-t-elle donné des indications du même type, s'agissant de l'*estoppel* strictement défini dont elle a expressément reconnu l'applicabilité en droit des gens ? Si quelques-unes de ses considérations permettent de le penser, d'autres conduisent par contre à se demander, *prima facie*, si elle n'a pas estimé qu'il revêt toutes les caractéristiques d'une règle de fond, et cette question se pose d'autant plus que certains juges n'ont pas hésité à l'affirmer parfois dans leurs opinions individuelles ou dissidentes³⁷. Dans trois affaires, il semble qu'elle a manifestement reconnu le rôle purement procédural que l'*estoppel* est appelé à jouer en droit international, à titre d'exception d'irrecevabilité ou de fin de non-recevoir³⁸ : dans l'affaire *du statut juridique du Groënland oriental*, elle a jugé que « ... there can be no ground for holding that, by the attitude which the Danish Government adopted, it admitted that it possessed no sovereignty over the uncolonized part of Greenland, *nor for holding that it is estopped from claiming, as it claims in the present case, that Denmark possesses an old established sovereignty over all Greenland* »³⁹ ; dans l'affaire *du temple de Préah Vihéar* (où elle a parlé de forclusion (*preclusion*) et non d'*estoppel*, mais où l'on peut considérer qu'elle avait en vue l'argument que le Cambodge avait fondé sur l'*estoppel*⁴⁰), elle a dit : « Even if there were any doubt as to Siam's acceptance of the map of 1908, and hence of the frontier indicated thereon, the Court would consider, in the light of the subsequent course of events, that *Thailand is now precluded by her conduct from asserting that she did not accept it. ... It is not now open to Thailand, while continuing to claim and enjoy the benefits*

35. *Ibid.*, pp. 146 in fine - 147 (nos italiques).

36. *Ibid.*, p. 154 (nos italiques).

37. Cf. *infra*, p. 266.

38. Voir les indications terminologiques données sur ces deux expressions *infra*, pp. 318-319.

39. Cf. *supra*, p. 102 (nos italiques).

40. Voir les indications données à ce sujet *supra*, p. 126.

of the settlement, to deny that she was ever a consenting party to it »⁴¹ ; dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, elle a qualifié l'argument d'estoppel avancé par l'Espagne d'« exception fondée sur l'estoppel empêchant toute action ultérieure devant la Cour » (*Plea of estoppel precluding further action before the Court*), en rappelant qu'il avait été soutenu que la Belgique, en raison de sa conduite, était « *now estopped or precluded from denying that by, or in consequence of, the discontinuance, it renounced all further right of action* »⁴². Dans deux autres affaires, en revanche, la question se pose de savoir si elle n'a pas vu dans l'estoppel un principe de droit matériel susceptible de créer, transférer, modifier ou éteindre des droits et des obligations : dans l'affaire des *emprunts serbes*, elle a déclaré en effet — après avoir souligné que si l'on devait tenir compte de la manière d'agir ultérieure des Parties, ce n'était pas pour vérifier quels étaient les termes des contrats d'emprunt, mais pour « rechercher si les Parties, par leur attitude, ont modifié ou affaibli leurs droits » et indiqué que l'Etat serbe-croate-slovène avait invoqué à ce dernier point de vue le « principe connu en droit anglo-saxon sous le nom d'estoppel » — que « lorsque l'on examine les conditions requises en vue d'établir la *perte d'un droit en vertu du principe de l'estoppel*, il est très clair que l'application de ce principe à l'espèce manque de base »⁴³ ; de même, dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord*, elle a considéré — après avoir porté son attention sur la thèse dano-hollandaise, selon laquelle le régime de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, et de son article 6 en particulier (relatif au problème de la délimitation du plateau continental), *était devenu obligatoire* pour la République fédérale d'Allemagne, non partie à cette Convention, en raison notamment de son comportement, de ses déclarations publiques et de ses proclamations — que « ... *only the existence of a situation of estoppel could suffice to lend substance to this contention...* »⁴⁴. Il pourrait sembler de prime abord que, dans ces deux affaires, la Cour de La Haye a admis que si les différents éléments constitutifs de l'estoppel avaient été présents, celui-ci aurait entraîné, dans le premier cas, la *perte du droit* des porteurs français de réclamer le remboursement de leur créance en valeur or, conformément aux clauses des contrats d'emprunt se référant à l'or ou au franc-or, et, dans le second cas, l'*obligation* pour la République fédérale d'Allemagne d'accepter le principe de l'équidistance tel que le prévoit l'article 6, paragraphe 2, de la Convention de 1958 — conférant de la sorte à la règle une fonction des plus larges. Mais on va tenter de démontrer qu'une telle vue des choses est quelque peu hâtive, et qu'un examen attentif de ces deux arrêts permet d'affirmer que la Cour ne se serait servie

41. Cf. *supra*, p. 126 (nos italiques).

42. *Ibid.*, p. 163 (nos italiques).

43. *Ibid.*, p. 150 (nos italiques).

44. *Ibid.*, p. 168 *in fine* (nos italiques).

de l'*estoppel* dans chacun de ces cas que pour déclarer les Parties concernées forcloses à revenir devant elle sur leurs déclarations, actes ou comportements antérieurs, vu les conséquences de ceux-ci, et se serait donc bornée à consacrer, par le biais procédural de l'*estoppel*, la situation juridique particulière que ces déclarations, actes, etc., avaient créée. Cette thèse exige bien entendu certains développements, d'autant plus que des juges de cette haute instance n'ont pas hésité — s'inspirant nettement de la tendance actuelle d'une partie de la doctrine britannique à considérer l'*estoppel by representation* comme une règle de droit matériel, et non plus comme une institution procédurale opérant uniquement dans le cadre de la procédure probatoire⁴⁵ — à décrire l'*estoppel* reçu par le droit des gens comme une règle de fond : ainsi, dans l'*affaire du temple de Préah Vihear*, M. Alfaro a jugé possible d'affirmer — en se rapportant à vrai dire, comme on l'a vu, à l'*estoppel* très largement interprété⁴⁶ — que « The principle that condemns contradiction between previous acts and subsequent claims is not regarded as a mere rule of evidence or procedure. The substantive character of the rule finds support in the writings of several authors »⁴⁷, sir Gerald Fitzmaurice soulignant de son côté que le « principe de la forclusion et de l'*estoppel* » est, dans le domaine du droit international, « the nearest equivalent ... of the common-law rule of estoppel, though perhaps not applied under such strict conditions (and it is certainly applied as a rule of substance and not merely as one of evidence or procedure »⁴⁸, et sir Percy Spender considérant pour sa part que ce principe est un « beneficial and powerful instrument of substantive international law »⁴⁹.

On se trouve donc placé devant le même problème épineux que la *common law* ne semble pas encore être parvenue à trancher de façon cohérente, et qui a donné et donne toujours lieu à d'importantes discussions dans la jurisprudence et la doctrine britanniques⁵⁰. Mais on a vu que le droit anglo-américain affronte en la matière, pour des raisons historiques bien déterminées, des difficultés qui lui sont

45. Voir les indications données à ce sujet *supra*, par. 7, pp. 17-19.

46. Cf. *supra*, pp. 128 *in fine* - 129.

47. C.I.J. Recueil 1962, *Separate Opinion of Vice-President Alfaro*, p. 41 (nos italiques). Cet éminent juge a cité le célèbre *dictum* d'un magistrat anglais (que l'on a reproduit *supra*, p. 18, note 48), selon lequel : « ... estoppel is often described as a rule of evidence, as indeed it may be so described. But the whole concept is more correctly viewed as a substantive rule of law ». Comme on l'a vu *supra*, p. 90 (*affaire de la frontière des Andes, Sentence*), et p. 91 (*affaire de la frontière occidentale indo-pakistanaise, Opinion dissidente de M. Ales Bebler*), des arbitres internationaux ont estimé possible par la suite de s'appuyer sur cette assertion de M. Alfaro pour affirmer que l'*estoppel* constitue en droit des gens un principe de fond appliqué et reconnu par les tribunaux internationaux, et non une simple règle de preuve. Dans chacun de ces cas cependant, on l'a constaté, l'*estoppel* était très largement envisagé.

48. C.I.J. Recueil 1962, *Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice*, p. 62 (nos italiques).

49. *Ibid.*, *Dissenting Opinion of Sir Percy Spender*, p. 143 (nos italiques).

50. Cf. *supra*, par. 7, pp. 16-19 et par. 14-15, pp. 34-37.

propres, intrinsèquement liées aux traits particuliers de sa théorie du contrat (correctifs apportés à la doctrine de la *consideration* par le biais du *promissory estoppel*⁵¹ ; institution de l'*estoppel by acquiescence*⁵²). Il est évident que le droit international ne s'achoppe pas à des questions aussi complexes, ayant élaboré sa théorie de l'acte juridique sur des bases nullement comparables⁵³.

On peut soutenir qu'en droit des gens comme en droit anglais classique, l'*estoppel* ne peut être utilisé — selon la célèbre formule qu'un juge anglais a employée pour décrire de façon lapidaire la nature juridique de l'*estoppel by representation* — que « comme un bouclier, et non comme une épée »⁵⁴. En effet, une analyse approfondie de l'appel à la théorie stricte de l'*estoppel* tel qu'il est apparu jusqu'ici sur le plan arbitral et judiciaire international⁵⁵ permet de présenter des observations similaires à celles que George Spencer Bower a avancées au sujet de l'*estoppel by representation* anglais, en des termes fort clairs et percutants qu'il semble approprié de citer à nouveau :

« The doctrine of estoppel by representation forms part of the English law of evidence, and such estoppel, except as a bar to testimony, has no operation or efficacy whatsoever. Its sole office is either to place an obstacle in the way of a case which might otherwise succeed, or to remove an impediment out of the way of a case which might otherwise fail. It has no other function. Emphatically, it is not a cause of action in itself, nor does it create one, though the application of this, as of any other rule of evidence in the course of litigation, may result in a total or partial establishment, or disestablishment, of the case made by one or other of the parties. To use the language of naval warfare, estoppel must always be either a mine-layer or a mine-sweeper : it can never be a capital unit. »⁵⁶

Certes, les passages prémentionnés des arrêts que la Cour de La Haye a rendus dans l'*affaire des emprunts serbes* et dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord*⁵⁷ pourraient conduire à penser que l'*estoppel* n'a pas été envisagé en l'espèce comme un simple « mouilleur de mines » ou « dragueur de mines », mais comme une véritable « unité de combat ». Tel ne semble cependant pas avoir été le cas, si l'on examine de près la question : dans l'*affaire des emprunts serbes*, c'est l'*exception de non-recevabilité* que l'Etat serbe-croate-slovène avait fondée sur l'*estoppel* pour s'opposer à l'action du Gouvernement français que la Cour permanente a rejetée,

51. Cf. *supra*, par. 13-15, pp. 29-37.

52. Cf. *supra*, par. 25, al. d, pp. 46-47 (en particulier p. 46, note 212).

53. Voir notamment la remarquable étude de Jacqué, *op. cit.* En ce qui concerne le rôle spécifique que l'*estoppel* est appelé à jouer dans le cadre de la théorie de l'acte juridique en droit des gens, cf. *infra*, pp. 307-315 (par. 108).

54. Cf. *supra*, p. 17.

55. Cf. *supra*, pp. 93-172.

56. Cf. *supra*, p. 17, note 45.

57. Cf. *supra*, p. 265.

parce que les éléments constitutifs de la règle strictement interprétée n'étaient pas réunis, et si elle a utilisé des termes quelque peu trompeurs en parlant de la « perte d'un droit en vertu du principe de l'estoppel », tout permet d'affirmer qu'elle avait essentiellement en vue, compte tenu de l'argumentation développée par celui qui avait invoqué l'estoppel, la perte du droit de la France de présenter sa demande en faveur des porteurs français en raison tant de son propre comportement antérieur que du comportement de ceux-ci, c'est-à-dire le problème de la recevabilité ou non-recevabilité de la demande française — et cette interprétation paraît d'autant plus plausible que, dans l'affaire des emprunts brésiliens (« version brésilienne » de l'affaire des emprunts serbes qu'elle a jugée parallèlement), elle a déclaré, de façon plus explicite, que les porteurs « ne sauraient non plus être considérés comme empêchés par 'estoppel' de chercher à obtenir un paiement en valeur or »⁵⁸, mettant donc clairement l'accent sur le rôle procédural de l'estoppel ; on peut estimer aussi, contrairement à certains auteurs, que, dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord, l'estoppel strictement défini auquel la Cour internationale s'est référée n'aurait pas constitué, si elle avait considéré que ses différents éléments étaient présents, un « mode spécial d'établissement d'un rapport conventionnel »⁵⁹, le fondement même d'un engagement, mais simplement une objection péremptoire qui se serait opposée à ce que la République fédérale d'Allemagne puisse prendre à ce procès une position contredisant son comportement et ses déclarations antérieurs, vu les conséquences de ceux-ci, et qui aurait donc eu pour effet de consacrer en l'espèce l'applicabilité du principe de l'équidistance résultant de l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental, à laquelle la République fédérale n'était pas partie — une telle constatation est corroborée par le texte même de l'arrêt, puisque la Cour a déclaré que seule l'existence d'une situation d'estoppel (à savoir l'existence de faits qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante l'acceptation du régime conventionnel par la République fédérale d'Allemagne, mais auraient également amené le Danemark et les Pays-Bas, s'y fiant, à modifier leur position à leur détriment ou subir un préjudice quelconque) aurait pu interdire à la République fédérale de contester l'applicabilité de ce régime⁶⁰. Pour reprendre l'heureuse formule de Spencer Bower⁶¹, on peut dire que, dans ces deux affaires, l'estoppel aurait eu pour seule fonction, soit « to place an obstacle in the way of a case which might otherwise succeed » (affaire des emprunts serbes), ou « to remove an impediment out of the way of a case which might otherwise fail »

58. Cf. *supra*, p. 151 (nos italiques).

59. C'est ce qu'affirme Lang, *op. cit.*, pp. 55-58, par. 20-21. Dans le même sens : Vallée, *Estoppel*, pp. 971-972.

60. Cf. C.I.J. Recueil 1969, p. 26, par. 30 (traduction du Greffe de la Cour — texte anglais faisant foi cité *supra*, pp. 168 *in fine* - 169 (nos italiques)).

61. Cité *supra*, p. 267.

(affaires du plateau continental de la mer du Nord). Il y a lieu de signaler également que les juges qui, dans l'affaire du temple de Préah Vihéar, ont affirmé dans leurs opinions jointes à l'arrêt que l'estoppel joue en droit des gens le rôle d'une règle de fond⁶², ont donné par ailleurs à son sujet des indications qui permettent de penser qu'ils l'ont envisagé ainsi parce qu'il est à tel point lié aux règles de droit matériel concernant la création, le transfert, la modification ou l'extinction de droits et d'obligations qu'il ne se conçoit pas comme détaché d'elles du point de vue technique, tout en demeurant un moyen de défense : M. Alfaro a parlé en effet des analogies qu'il présentait à son avis avec des maximes juridiques romaines de caractère essentiellement procédural (notamment : *Allegans contraria non audiendus est* et *Nullus commodum capere de sua injuria propria*)⁶³, et souligné, après avoir donné un grand nombre d'exemples, que « There exist many other cases of international jurisprudence which might be cited as examples of the principle which rejects allegations that are contrary to a State's own acts »⁶⁴ ; sir Gerald Fitzmaurice a spécifié quant à lui que « Such a plea [traduction du Greffe de la Cour : 'Une telle défense'] is essentially a means of excluding a denial that might be *correct* — irrespective of its correctness. It prevents the assertion of what might in fact be *true* »⁶⁵ ; sir Percy Spender a indiqué pour sa part que « the principle operates to prevent a State contesting before the Court a situation contrary to a clear and unequivocal representation previously made by it to another State ... »⁶⁶. Ils ont donc marqué une certaine indétermination au sujet de la nature juridique exacte de la règle. Les mêmes remarques semblent s'imposer en ce qui concerne les thèses des auteurs qui ont cru pouvoir qualifier l'estoppel reçu par le droit international de règle de droit matériel⁶⁷. Cette incertitude tient principalement aux multiples confusions qu'ont entraînées, sur le plan théorique, les deux conceptions générales opposées de l'estoppel⁶⁸.

L'estoppel rigoureusement construit dont on a donné la définition⁶⁹ constitue de toute évidence une règle qui s'oppose à ce qu'une Partie qui a déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits puisse administrer ensuite la preuve que les faits ont une matérialité différente, qui ferme donc de façon absolue à cette

62. Cf. *supra*, p. 266.

63. Cf. *supra*, p. 129.

64. C.I.J. Recueil 1962, p. 51.

65. *Ibid.*, p. 63.

66. *Ibid.*, pp. 143 *in fine*-144 (traduction du Greffe de la Cour : « ... le principe a pour effet d'empêcher un Etat de contester devant la Cour... »).

67. Voir en particulier les auteurs mentionnés *supra*, par. 68, pp. 183-184.

68. On a vu *supra*, pp. 182-190, que, dans sa conception extensive, l'estoppel peut apparaître comme un principe de droit matériel susceptible de se trouver à la base même d'une action en justice puisqu'il n'est alors que le terme utilisé pour décrire l'effet de règles concrètes du droit des gens, mais on a souligné l'inutilité de recourir à cette institution aussi largement interprétée et les risques de confusion qu'une telle conception peut entraîner.

69. Cf. *supra*, pp. 259 *in fine*-260.

Partie le droit de protester contre un fait ou un état de fait ou d'offrir des preuves contraires⁷⁰. Cela ne va pas sans rappeler, on l'a vu, les présomptions *juris et de jure* (ou « irréfragables ») du système de droit civil, qui interdisent de prouver contre certains faits tenus pour vrais par la loi⁷¹. Il appert, certes, qu'en droit international tout comme en droit interne, la question de savoir si l'administration des preuves, et en particulier les problèmes concernant l'admissibilité des preuves, appartiennent au domaine de la procédure ou du droit de fond est fort controversée et a entraîné des discussions doctrinales qui, comme Jacques-Michel Grossen l'a souligné dans son ouvrage sur *Les présomptions en droit international public*⁷², ne sont en fait que le reflet de la difficulté qu'il y a de tracer en la matière les limites exactes entre le droit formel et le droit matériel. Ainsi que cet auteur l'a indiqué, certains commentateurs considèrent, s'agissant de leur propre droit national, que tout le domaine des preuves, y compris les présomptions, se rattache à la procédure, tandis que d'autres estiment que les divers moyens de preuve et leur admissibilité relèvent du droit de fond, les formes de l'administration des preuves relevant seules de la procédure, et que d'autres encore (en particulier dans la doctrine allemande) cherchent en quelque sorte un moyen terme et font entrer certaines questions du droit des preuves dans ce qu'ils nomment le « droit judiciaire matériel » (*materielles Justizrecht*)⁷³. Grossen a constaté aussi que les juristes anglo-américains sont à peu près unanimes à classer la *law of evidence* dans l'*adjective law*, par opposition à la *substantive law*, en notant cependant que certains d'entre eux ne partagent pas entièrement cet avis⁷⁴. La doctrine internationale paraît également divisée à cet égard, encore que la question ne semble pas avoir donné lieu jusqu'ici à un examen approfondi : pour les uns, il est clair que l'administration des preuves, en tant qu'elle se situe au cours des deux phases que comporte habituellement la procédure devant les tribunaux internationaux, relève du droit procédural⁷⁵ ; pour d'autres, les règles concernant les limites au droit de faire la preuve se rattachent, en raison de leur portée et de leurs effets, au droit matériel⁷⁶.

70. Formule inspirée de celle avancée par Suzanne Bastid — citée *supra*, p. 184 — et par Witenberg, *Théorie des preuves*, p. 27.

71. Cf. *supra*, p. 17. Voir également Witenberg, *Théorie des preuves*, p. 28, C.I.J. Recueil 1962, p. 41 (*Separate Opinion of Vice-President Alfaro*), Mabrouk, *op. cit.*, p. 109 *in fine*.

72. Références données *supra*, p. 19, note 54.

73. Grossen, *op. cit.*, par. 7, pp. 30-32. Il n'y a pas lieu de mentionner ici les noms des différents auteurs auxquels il se réfère, essentiellement des privatistes français et allemands, ni de procéder à un examen détaillé des thèses de ceux-ci.

74. *Ibid.*, pp. 30-31. Il se réfère notamment à Phipson, *Manual of the Law of Evidence* (6^e éd. ; Londres, 1952), et à G.-D. Nokes, *An Introduction to Evidence* (Londres, 1952) qui insiste, p. 27, sur les difficultés que l'on rencontre dans ce domaine. Voir également *supra*, p. 18 *in fine*.

75. Cf. notamment Guggenheim, *Traité* (1^{re} éd.), tome II, pp. 155-161.

76. Cf. notamment Jean-Flavien Lalive, *op. cit.* (*supra*, p. 202, note 568), p. 77 et ss., qui estime erroné de soutenir que la preuve en droit international appartient au seul domaine de la procédure.

On peut soutenir — ainsi que certains auteurs l'ont clairement et à juste titre souligné⁷⁷ — que l'*estoppel* rigoureusement construit que le droit des gens a retenu est une notion de caractère essentiellement judiciaire qui permet aux tribunaux internationaux de décider objectivement si une Partie, compte tenu de ses déclarations, actes ou comportements, est juridiquement empêchée de contester les allégations de son adversaire, d'essayer d'établir une « vérité » différente. Il est certain que l'*estoppel* ainsi compris n'a de valeur juridique qu'à l'issue d'une procédure de règlement arbitral ou judiciaire, qu'en vertu d'une décision juridictionnelle, et il paraît donc exact de le qualifier, avec le *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, de « terme de procédure emprunté à la langue anglaise »⁷⁸.

En conclusion, l'*estoppel* strictement défini se présente sur le plan international comme une règle procédurale, au chapitre de l'administration des preuves. Il opère uniquement en tant que moyen de défense⁷⁹. Et comme on le constatera plus loin, cette thèse est confirmée par l'analyse du fondement juridique de cette institution en droit des gens⁸⁰.

77. Cf. *supra*, par. 68, pp. 183-184. Voir en particulier la liste des auteurs mentionnés *supra*, p. 183, note 478.

78. Cf. *supra*, p. 184 (nos italiques).

79. Des précisions sont données à ce sujet *infra*, Chapitre IV « Mise en œuvre de l'*estoppel* en droit international public », pp. 316-320.

80. Cf. *infra*, par. 108, p. 307 et ss.

CHAPITRE II

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

90. Indications préliminaires et plan du Chapitre II. — On a vu que l'*estoppel by representation* du droit anglais n'opère que si certaines conditions essentielles sont remplies⁸¹, et l'on a constaté que, dans des litiges internationaux, des avocats, des tribunaux, de même que des arbitres ou des juges dans leurs opinions jointes aux décisions, se sont souvent référés expressément à ces conditions, ou tout au moins à quelques-unes d'entre elles, en vue d'établir ou de contester l'existence d'une « situation d'*estoppel* »⁸². On a constaté

81. Cf. *supra*, par. 8-12, pp. 19-29.

82. Cf. notamment *supra*, pp. 94-96 (affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube, respectivement Discours de M. De Visscher (Roumanie)) et Réplique de sir Douglas Hogg (Grande-Bretagne)), pp. 98-101 (affaire du statut juridique du Groënland oriental, respectivement Réplique du Gouvernement danois, Duplique du Gouvernement norvégien et Exposé de M. De Visscher (Danemark)), pp. 105-106 (affaire Losinger, respectivement Exposé de M. Sauser-Hall (Suisse) et Réplique de M. Stoykovitch (Yougoslavie)), pp. 107-109 (affaire Nottebohm, respectivement Memorial of Liechtenstein et Contre-Mémoire du Guatemala), pp. 113-114, 117-118 et 120-121 (affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, respectivement Duplique du Nicaragua, Oral Argument of Mr. Jessup (Nicaragua), Duplique de M. Rolin (Nicaragua), Separate Opinion of Sir Percy Spender et Opinion dissidente de M. Urrutia Holguin), pp. 124 in fine - 125, 126-127, 129 in fine - 137 (affaire du temple de Préah Vihear, respectivement Argument of Sir Frank Soskice (Counsel for the Government of Thailand), Arrêt, Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, Dissenting Opinion of Judge Wellington Koo et Dissenting Opinion of Sir Percy Spender), pp. 140-141 (affaire de la Guyane britannique, question de Lord Russell), pp. 141-142 (affaire Corvaia, Sentence), pp. 143-145 (affaire Tinoco, Sentence), pp. 146-147 (affaire de Santa Isabel, opinion dissidente du Commissaire américain), pp. 150-151 (affaire des emprunts norvégiens, Plaidoirie de M. Poignard (France)), p. 154 (affaire Shufeldt, sentence), pp. 155-156 (affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943, respectivement Statement of the Government of the United States of America et Oral Argument of Mr. Fawcett (Counsel for the Government of the United Kingdom)), pp. 158-159, 160-162, 163-164 (affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires), respectivement Première exception préliminaire du Gouvernement espagnol, question de sir Gerald Fitzmaurice, Reply of Sir Humphrey Waldock (Spain), Duplique de M. Van Ryn (Belgique), Arrêt), pp. 168, 170-171 (affaires du plateau continental de la mer du Nord, respectivement Arrêt, Separate Opinion of Judge Padilla Nervo, Opinion individuelle de M. Fouad Ammoun et Dissenting Opinion of Judge Tanaka).

aussi que des auteurs ont pris certaines de ces conditions en considération dans leurs études sur l'*estoppel* en droit des gens⁸³.

On est donc parvenu à la conclusion que l'on peut parler d'une « réception » de l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law* par le droit international, tout en soulignant qu'une règle qui régit les rapports entre sujets du droit des gens ne peut, bien entendu, être exactement la même que celle qui ordonne les relations des individus entre eux dans le cadre d'un système de droit interne⁸⁴. Il est évident, en effet, que le droit international n'a pu, en raison même de sa structure et de ses traits fondamentaux, retenir dans leur ensemble les différents éléments mis au point dans ce domaine par la *common law* — d'autant plus que celle-ci, pour les raisons d'histoire du droit spécifiques que l'on a mentionnées, a tenu compte pour certains d'entre eux de considérations qui ne pouvaient retenir l'attention des juristes internationaux⁸⁵ — et qu'il a élaboré les éléments qu'il a retenus conformément à ses propres exigences.

Si l'on se réfère aux diverses indications — encore sommaires, il est vrai — que l'on rencontre à ce propos dans la jurisprudence et dans la doctrine internationales⁸⁶, et si l'on s'inspire dans une certaine mesure de la théorie anglaise de l'*estoppel by representation*⁸⁷, on peut dire que l'*estoppel* n'a d'effet en droit des gens que si certains éléments essentiels sont réunis. La Partie qui l'invoque devra : A) établir l'existence d'une déclaration, d'un acte ou d'un comportement initial qui, émanant d'un organe habilité à engager un sujet de droit international, a donné librement une représentation claire et non équivoque d'un certain état de fait (Section I) ; B) prouver qu'elle a été incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue, et qu'elle a effectivement agi, ou s'est abstenue d'agir, sur la foi de cette déclaration, de cet acte ou de ce comportement (Section II) ; C) démontrer qu'il en est résulté une modification préjudiciable de sa position, ou un avantage pour la Partie adverse, ou les deux à la fois (Section III) ; D) établir que la Partie à laquelle la déclaration, l'acte ou le comportement initial est imputable est revenue par la suite sur celui-ci en le contredisant, l'infirmant ou le modifiant sur un point essentiel (Section IV).

83. Cf. notamment *supra*, pp. 179, 182 et pp. 190-192.

84. Cf. *supra*, par. 71, pp. 190-192.

85. Voir en particulier les observations que l'on a présentées *supra*, par. 13-15, pp. 29-37, sur la spécificité de l'institution du *promissory estoppel*.

86. Diverses références sont données dans la suite du présent chapitre.

87. Cf. *supra*, par. 8-12, pp. 19-29.

Section I

A) EXISTENCE D'UNE DÉCLARATION, D'UN ACTE OU D'UN COMPORTEMENT INITIAL QUI, ÉMANANT D'UN ORGANE HABILITÉ À ENGAGER UN SUJET DE DROIT INTERNATIONAL, A DONNÉ LIBREMENT UNE REPRÉSENTATION CLAIRE ET NON ÉQUIVOQUE D'UN CERTAIN ÉTAT DE FAIT

91. Remarques introductives. — Devant les tribunaux anglais, on l'a vu, la Partie qui invoque l'*estoppel by representation* doit établir en premier lieu l'existence d'une *representation* initiale claire et non ambiguë portant sur des faits présents ou passés (*existing facts*) et émise librement et sciemment par une personne juridiquement capable⁸⁸. Cette première condition d'application de l'*estoppel* a également été prise en considération sur le plan international, mais pas dans son intégralité : l'accent a été mis principalement sur le caractère « clair et non équivoque » que doit avoir revêtu la représentation des choses alléguées⁸⁹, et sur le fait que la déclaration, l'acte ou le comportement visé doit avoir été « volontaire » et propre à un « organe compétent »⁹⁰. En revanche, la question de savoir si — pour reprendre la terminologie anglaise — l'*estoppel* ne peut résulter que d'une *representation* ayant porté de façon déterminée sur des *existing facts*, et non d'une déclaration d'intention, telle une promesse de faire quelque chose, qui vise des événements futurs, donc incertains, fort controversée dans les pays de la *common law* (problème du *promissory estoppel*)⁹¹, ne semble guère avoir retenu l'attention au plan international⁹².

92. Forme de la déclaration, de l'acte ou du comportement qui a donné la représentation des choses alléguées. — Le caractère non formaliste du droit international contemporain est généralement admis. On rencontre des affirmations précises à ce sujet dans la jurisprudence et dans la doctrine internationales⁹³. Il en résulte

88. Cf. *supra*, par. 9, pp. 19-24.

89. Voir les références données à ce sujet *infra*, p. 276, notes 98 et 99.

90. Voir les références données à ce sujet *infra*, par. 94, p. 276 et ss. (*passim*).

91. Cf. *supra*, par. 13-15, pp. 29-37.

92. Voir cependant Bowett, *Estoppel*, pp. 189 *in fine* - 190, Rubin, *op. cit.*, p. 22. Et voir les indications données à ce sujet *supra*, p. 258, note 7.

93. Ainsi dans l'*affaire Mavrommatis*, la C.P.J.I. a déclaré : « La Cour, qui est une juridiction internationale, n'est pas tenue à attacher à des questions de forme le même degré d'importance qu'elles peuvent avoir en droit interne » (C.P.J.I., série A n° 2, p. 34). De même, dans l'*affaire du temple de Préah Vihear (exceptions préliminaires)*, la C.I.J. a dit : « Where ..., as it is generally the case in international law, which places emphasis on the intentions of the parties,

qu'aux fins de l'estoppel, la validité des déclarations, actes ou comportements considérés n'est liée à aucune forme spéciale : il suffit que l'on puisse attribuer à un mode quelconque d'expression un sens certain et défini⁹⁴.

Il appert en effet — ainsi que le montrent clairement les différentes affaires que l'on a analysées dans la deuxième Partie en vue de déterminer la construction juridique de l'estoppel en droit des gens⁹⁵ — qu'une représentation des choses susceptible d'entraîner l'effet de l'estoppel peut être déduite aussi bien de l'acte positif d'une Partie (c'est-à-dire de son langage écrit ou parlé et, de façon plus générale, de sa conduite ou de son comportement actifs) que, dans certaines conditions, de son attitude purement passive (à savoir de son silence, de son inaction ou de sa négligence, lorsqu'il existait pour elle un devoir de parler ou de faire). Un examen approfondi de ces différents points, qui ont été étudiés avec soin par de nombreux auteurs⁹⁶, dépasserait le cadre du présent travail. On aura l'occasion de donner certaines indications à leur sujet dans la suite du présent chapitre⁹⁷.

93. La représentation des choses alléguée doit avoir été claire et non équivoque. — Comme on l'a vu, des tribunaux, de même que des Parties en litige et des arbitres ou des juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, ont souvent insisté sur cet élément

the law prescribes no particular form, parties are free to choose what form they please, provided their intention clearly results from it » (*C.I.J. Recueil 1961*, p. 31), et elle a souligné, dans l'affaire des essais nucléaires : « With regard to the question of form, it should be observed that this is not a domain in which international law imposes any special or strict requirements. Whether a statement is made orally or in writing makes no essential difference, for such statements made in particular circumstances may create commitments in international law, which does not require that they should be couched in written form. Thus the question of form is not decisive. » (*C.I.J. Recueil 1974*, pp. 267-268, par. 45). Et voir les indications données à ce sujet par, entre autres, Ch. De Visscher, *Théories et réalités* (3^e éd.), pp. 171-177, Mosconi, *Estoppel*, p. 409, note 93, Venturini, *op. cit.*, pp. 378, 400, Jenks, *International Adjudication*, p. 269, Barale, *op. cit.*, pp. 391 in fine-392, 418 in fine-419, Blondel, *op. cit.*, pp. 233 in fine-234, Cahier, *op. cit.*, pp. 238, 242, Jacqué, *op. cit.*, pp. 128-131, 344 in fine-345, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 55-56, 77-78, Verhoeven, *op. cit.*, p. 349, n° 154. Toutefois, ainsi que le signale Lang, *op. cit.*, p. 59, note 16, et comme on le constatera *infra*, pp. 280-281, un mouvement de réaction est apparu contre une application excessive des conceptions « non formalistes » du droit international.

94. Comme on l'a indiqué *supra*, p. 20, il en va de même en droit anglais, s'agissant de la validité des *representations* prises en considération au titre de l'estoppel.

95. Cf. *supra*, pp. 73-192.

96. Voir notamment les observations présentées par Jacques Bentz, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *R.G.D.I.P.* 1963, p. 44 et ss., Ch. De Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire*, pp. 163-198, Barale, *op. cit.*, pp. 394-400 (sur les signes d'acquiescement en droit international jurisprudentiel), Cahier, *op. cit.*, pp. 244-260 (sur les comportements actifs ou passifs des États comme sources de droits et d'obligations), Jacqué, *op. cit.*, en particulier pp. 210-223 (sur la question de savoir si une manifestation de volonté peut être implicite), Verhoeven, *op. cit.*, p. 348 et ss. (sur les formes de la reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine).

97. Voir en particulier *infra*, pp. 312-313.

fondamental⁹⁸, et certains auteurs n'ont pas manqué de le mentionner dans leurs travaux⁹⁹. On peut rappeler par exemple que, dans l'*affaire des emprunts serbes*, la Cour de La Haye a rejeté l'*estoppel* invoqué du côté serbe en affirmant que les porteurs français n'avaient pas fait de « déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'Etat débiteur pût à bon droit se fonder »¹⁰⁰; de même, dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord*, elle a considéré que l'on ne se trouvait pas en présence d'une « situation d'*estoppel* », parce que rien n'indiquait en l'espèce que la République fédérale d'Allemagne « were now precluded from denying the applicability of the conventional régime, by reason of past conduct, declarations, etc., which not only clearly and consistently evinced acceptance of that régime... »¹⁰¹ étant donné que « none of the elements invoked is decisive; each is ultimately negative or inconclusive; all are capable of varying interpretations or explanations »¹⁰².

Il est évident qu'une représentation des choses complexe ou ambiguë ne saurait être prise en considération aux fins de l'*estoppel*, à moins que le tribunal, tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, n'attribue aux déclarations, actes ou comportements invoqués le sens précis et certain qu'exige le droit pour qu'ils puissent entraîner l'effet de l'*estoppel*.

94. La déclaration, l'acte ou le comportement invoqué doit émaner d'un organe habilité à engager le sujet de droit international qu'il représente. — Dans l'ordre juridique international, comme dans tout ordre juridique, la capacité d'agir est réservée aux sujets de cet ordre. Mais il ne suffit pas que l'acte émane d'un sujet de droit international revêtu de la capacité d'agir, il faut encore — ainsi que Jean-Paul Jacqué l'a clairement indiqué — que cet acte « soit imputable à ce sujet de droit international, c'est-à-dire qu'il émane d'un organe compétent pour représenter le sujet de droit international qui est censé agir »¹⁰³.

98. Cf. *supra*, pp. 88 in fine-89 (*affaire Flegenheimer*, argument des Etats-Unis) pp. 107-109 (*affaire Nottebohm*, respectivement *Memorial of Liechtenstein et Contre-Mémoire du Guatemala*), pp. 125 et 136 (*affaire du temple de Préah Vihear*, respectivement *Argument of Sir Frank Siskice (Counsel for the Government of Thailand)* et *Dissenting Opinion of Sir Percy Spender*), pp. 149 et 150 (*affaire des emprunts serbes*, respectivement *Discours de M^e Devèze (Etat serbe-croate-slovène)* et *Arrêt*), p. 152 (*affaire relative aux emprunts norvégiens*, *Plaidoirie de M. Poignard (France)*), pp. 169 et 171 (*affaires du plateau continental de la mer du Nord*, respectivement *Arrêt* et *Opinion individuelle de M. Fouad Ammoun*).

99. Notamment les auteurs mentionnés *supra*, par. 71, pp. 190-192.

100. Cf. *supra*, p. 150. La définition de l'*estoppel* que la Cour permanente a donnée dans cette affaire a été invoquée par la suite à diverses reprises — comme on l'a indiquée *supra* p. 147, note 324 — par des plaideurs, des arbitres et des juges.

101. Cf. *supra*, pp. 167 in fine-168 (nos italiques).

102. *Ibid.*, p. 168.

103. Jacqué, *op. cit.*, p. 72.

Il n'y a pas lieu de s'attarder ici à l'étude des différents sujets de droit international et de leur capacité d'agir respective, à laquelle nombre d'auteurs ont consacré une place importante¹⁰⁴. Il est par contre nécessaire, compte tenu des prises de position divergentes que l'on rencontre sur ce point dans la pratique et dans la doctrine internationales, de se pencher sur la question de savoir quels sont, en droit international, les organes compétents par le truchement desquels un sujet de ce droit peut émettre une représentation des choses susceptible de créer un *estoppel* à son encontre. Il paraît suffisant, aux fins de la présente étude, de limiter cette recherche aux Etats, principaux sujets du droit des gens¹⁰⁵.

Traditionnellement, conformément à une pratique générale et constante, les organes qualifiés pour représenter leur Etat sur le plan international sont les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et les diplomates dûment accrédités (les chefs de mission diplomatique, les représentants des Etats à une conférence internationale ou auprès d'une Organisation internationale ou d'un de ses organes)¹⁰⁶. Il apparaît également qu'en raison de la technicité de certains problèmes, des organes de l'administration étatique autres que ceux des relations extérieures — par exemple des fonctionnaires du ministère du commerce — sont de plus en plus munis de pleins pouvoirs leur permettant d'engager internationalement l'Etat qu'ils représentent¹⁰⁷. Il est évident qu'une représentation des choses découlant de façon claire et non équivoque des actes que ces différents organes accomplissent sur le plan international dans l'exercice de leurs fonctions officielles ne pose aucun problème en ce qui concerne la détermination d'une situation d'*estoppel*. Un examen de la jurisprudence internationale montre cependant qu'il est admis, dans certains cas, que des organes internes qui n'ont rien à voir avec les relations extérieures peuvent, même en l'absence de pleins pouvoirs, lier internationalement leur Etat par leurs déclarations, actes ou comportements^{107 bis}. Cette question, qui soulève de nombreuses difficultés, demeure toutefois fort controversée. Certains commentaires s'imposent à son sujet, car une réelle indétermination théorique paraît subsister dans ce domaine.

104. Voir notamment Nkambo Mugerwa, « Subjects of International Law », *Manual of Public International Law* (edited by Max Sørensen), *op. cit.*, p. 247 et ss., Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 131-134, Jacqué, *op. cit.*, pp. 72-91.

105. On peut noter d'ailleurs, avec Jacqué, *op. cit.*, pp. 91 *in fine*-111, que l'étude des règles qui régissent l'imputation d'un acte à un sujet de droit international permet d'établir que, malgré certaines différences dues au statut distinct des Etats et des Organisations internationales, les normes applicables à leurs actes présentent des caractères communs : dans tous les cas, l'organe qui a agi doit avoir été revêtu de la compétence nécessaire pour le faire au nom du sujet de droit auquel l'acte doit être imputé.

106. Cf. notamment Cahier, *op. cit.*, p. 242, P. De Visscher, *op. cit.*, p. 97, Jacqué, *op. cit.*, p. 100. Voir également l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

107. Cf. Mervyn Jones, *op. cit.* (*supra*, p. 229, note 707), p. 87, Cahier, *op. cit.*, p. 243.

107 bis. Cf. Venturini, *op. cit.*, p. 391, Cahier, *op. cit.*, pp. 243-244.

S'il est vrai, en effet, que les tribunaux internationaux ont souvent pris en considération des « actes »¹⁰⁸ accomplis par des fonctionnaires étatiques même lorsque ceux-ci n'avaient pas qualité pour engager internationalement leur Etat, et leur ont attaché certaines conséquences juridiques, il est tout aussi vrai qu'ils ont à plusieurs reprises refusé d'accorder une quelconque signification juridique à de tels actes. Tout semble être en la matière question de fait et d'espèce, comme le montrent clairement différents exemples¹⁰⁹.

Ainsi, dans certaines affaires, des tribunaux n'ont pas attribué à des actes émanant d'autorités internes qui n'étaient pas des organes des relations extérieures les effets juridiques que l'une des Parties en litige prétendait pouvoir leur conférer en l'espèce sur le plan international : dans l'*affaire Croft*, le Sénat de Hambourg a affirmé que l'on ne pouvait déduire des actes invoqués, de nature purement interne, une déclaration liant le Portugal vis-à-vis de la Grande-Bretagne, mais il a tenu à préciser que si le Gouvernement portugais avait donné au Gouvernement britannique, suivant les formes usitées dans les rapports internationaux, la promesse que Croft obtiendrait satisfaction, il se serait établi un rapport de gouvernement à gouvernement et un droit parfaitement valable eût alors pris naissance¹¹⁰ ; dans l'*affaire de Santa Isabel*, la Commission a rejeté la réclamation que les Etats-Unis avaient présentée en se fondant notamment sur une déclaration du Général Obregon, en affirmant que si celui-ci occupait bien à l'époque une position officielle éminente à la tête de l'armée mexicaine, il n'avait cependant pas qualité pour engager internationalement son Etat¹¹¹ ; dans l'*affaire Nottebohm*, la C.I.J. s'est rangée à la thèse guatémaltèque — selon laquelle on ne pouvait tirer des différents actes ou comportements invoqués du côté liechtensteinois une reconnaissance par le Guatemala de la nationalité que Nottebohm avait acquise au Liechtenstein par voie de naturalisation, parce que ceux-ci n'émanaient pas d'organes habilités par le

108. La notion d'« actes », entendue ici dans son sens le plus large, vise toute action ou tout comportement actif ou passif d'un sujet de droit.

109. Cf. notamment Barale, *op. cit.*, p. 344 et ss., Cahier, *op. cit.*, p. 243 et ss., Jacqué, *op. cit.*, p. 211 et ss.

110. Cf. *supra*, pp. 179-180. Il est à signaler que A. de Lapradelle et N. Politis ont estimé — considérant que cette affaire avait posé « la question nouvelle de l'aveu comme mode de preuve des obligations internationales ... Pour la première fois, à notre connaissance, se présentait ainsi dans les rapports internationaux la question de la preuve des obligations par l'aveu extra-judiciaire » — que la distinction établie dans la sentence entre l'« aveu » (c'est-à-dire l'*admission*, la reconnaissance d'une situation) fait dans un acte international, qui lie définitivement son auteur, et l'« aveu » contenu dans un acte interne, qui ne produit pas d'effets vis-à-vis de l'Etat réclamant, constituait une solution trop absolue ; à leur avis, le tribunal aurait trop sacrifié au formalisme, car « ... si l'aveu est obligatoire, c'est qu'il implique chez son auteur, à un moment donné, la conscience du fait qu'il constate. Pour qu'il soit un moyen de preuve, il faut que cette conscience s'affirme dans un écrit ou dans un acte susceptible d'être produit devant un juge par le demandeur en lieu et place d'une autre preuve... » (cf. Lapradelle — Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, tome II, respectivement p. 31 et p. 45).

111. Cf. *supra*, p. 146. Le commissaire américain, on l'a vu, a manifesté son désaccord.

droit international à engager l'Etat mais constituaient des mesures internes d'ordre strictement administratif — en soulignant qu'il ne s'était pas établi par là une « relation de Gouvernement à Gouvernement », et en spécifiant par ailleurs que, dans sa réponse à une lettre que le consul de Suisse avait adressée au ministre guatémaltèque des Relations extérieures, le Guatemala avait au contraire déclaré expressément ne pas « reconnaître que M. Nottebohm, ressortissant allemand, domicilié au Guatemala, ait reçu la nationalité du Liechtenstein sans avoir eu à changer de domicile »¹¹² ; dans l'*affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*, cette même Cour a constaté que, bien qu'il y ait eu divers contacts au niveau des gouvernements, les échanges de vues invoqués avaient eu lieu tout d'abord presque exclusivement entre les représentants des intérêts privés en cause, que les gouvernements, pour autant qu'ils aient été tenus au courant de ces échanges de vues, ne l'avaient manifestement été qu'à titre non officiel, et qu'il n'y avait donc aucune raison pour elle « de s'écarter de la règle générale selon laquelle, s'agissant d'une entente qui existerait entre des Etats parties à un procès porté devant la Cour et qui affecterait leurs droits à ce procès, elle ne peut tenir compte que des actes et des attitudes des gouvernements et de leurs agents autorisés »¹¹³.

Dans d'autres affaires, en revanche, des tribunaux n'ont pas hésité à tenir compte d'actes ou de comportements actifs ou passifs qui n'émanaient pas d'organes habilités par le droit international à engager l'Etat : dans l'*affaire des Grisbadarna*, entre la Suède et la Norvège¹¹⁴, la C.P.A. a attribué les bancs litigieux à la Suède parce que les autorités administratives de cet Etat avaient procédé à l'établissement d'un bateau-phare et d'un grand nombre de balises dans cette région, ainsi qu'au mesurage de la mer, et que la Norvège était restée silencieuse face à ces actes, qui constituaient un fait de notoriété suffisante¹¹⁵ ; dans l'*affaire des pêcheries*, entre le Royaume-Uni et la Norvège¹¹⁶, la C.I.J. a estimé que le système norvégien de délimitation des eaux territoriales, qui découlait d'une série de décrets pris par des organes internes et différait de celui établi par la pratique générale des Etats, pouvait entrer en ligne de compte, soulignant notamment : « La Cour constate qu'à l'égard d'une situation qui ne pouvait manquer de se fortifier d'année en année, le Gouvernement du Royaume-Uni s'est abstenu de formuler des réserves. La notoriété des faits, la tolérance générale de la communauté internationale, la position de la Grande-Bretagne dans la mer du

112. Cf. *supra*, p. 109 et pp. 110-111. Voir également Ian Brownlie, *op. cit.* (*supra*, p. 111, note 201), p. 330.

113. Cf. *supra*, p. 163.

114. Sentence rendue par la C.P.A. le 23 octobre 1909, reproduite dans *R.S.A.N.U.*, vol. XI, p. 147 et ss.

115. Cf. *R.S.A.N.U.*, vol. XI, pp. 161-162. Cahier, *op. cit.*, p. 247, note que, dans l'*affaire des Minquiers et des Ecréhous* (références données *supra*, p. 85, note 87), la C.I.J. n'a par contre pas retenu des actes du même type effectués par la France.

116. *Pêcheries, arrêt, C.I.J. Recueil 1951*, p. 116 et ss.

Nord, son intérêt propre dans la question, son abstention prolongée, permettraient en tout cas à la Norvège d'opposer son système au Royaume-Uni »¹¹⁷ ; dans *l'affaire du temple de Préah Vihéar*, la Thaïlande avait soutenu, entre autres, que les cartes établies par des officiers topographes français n'avaient été vues chez elle que par des fonctionnaires subalternes sans expérience en matière de topographie et que la prétention cambodgienne fondée sur l'une de ces cartes ne pouvait être retenue, mais la C.I.J. a affirmé qu'elle ne pouvait accepter cette défense car « If the Siamese authorities did show these maps only to minor authorities, they clearly acted at their own risk, and the claim of Thailand could not, on the international plane, derive any assistance from that fact »¹¹⁸, en s'empressant toutefois d'ajouter que l'historique de la question montrait clairement que ces cartes avaient également été vues par le ministre des Affaires étrangères, le ministre de l'Intérieur, ainsi que par d'autres personnalités qui n'étaient pas des fonctionnaires subalternes¹¹⁹ ; dans *l'affaire de l'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*, entre les Etats-Unis d'Amérique et la France¹²⁰, le tribunal a retenu comme concluants des actes émanant du secrétaire général français à l'aviation civile et, dans une certaine mesure, des représentants d'une compagnie aérienne privée, c'est-à-dire des actes accomplis par des organes internationalement incompétents et qui n'exprimaient pas forcément la volonté réelle de l'Etat, en admettant que la simple notification par une compagnie aérienne à une autorité aéronautique de ses horaires d'hiver pouvaient entraîner la révision d'un accord international¹²¹. Il est à signaler cependant que de telles solutions ont suscité de nombreux commentaires, et des réactions très défavorables, car, introduisant de réelles incertitudes, elles risquent de détourner les Etats du règlement arbitral ou judiciaire de leurs différends¹²².

117. *Ibid.*, p. 139.

118. C.I.J. *Recueil* 1962, p. 25.

119. *Ibid.*

120. Sentence arbitrale du 22 décembre 1963, reproduite dans *R.G.D.I.P.* 1965, p. 188 et ss. D'intéressants commentaires sont présentés à son sujet par, entre autres, Jean-Pierre Cot, « L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international, Sentence arbitrale du 22 décembre 1963 » (ci-après mentionné « Cot, 'Interprétation de l'accord franco-américain' »), *A.F.D.I.* 1964, p. 352 et ss., Barale, *op. cit.*, *passim*, Charles De Visscher, « L'interprétation de l'accord France-Etats-Unis du 27 mars 1946, Sentence arbitrale du 23 décembre 1963 », *Revue belge de droit international* 1966, p. 1 et ss., Cahier, *op. cit.*, *passim*, Jacqué, *op. cit.*, pp. 214-218.

121. Cf. en particulier Cot, « Interprétation de l'accord franco-américain », pp. 380-381, Cahier, *op. cit.*, pp. 249 *in fine* - 250.

122. Cot note, *loc. cit.*, que cette évolution introduira paradoxalement une rigidité nouvelle dans les relations entre administrations de diverses nations, sous le couvert d'une apparente souplesse, et Cahier indique à juste titre, *op. cit.*, p. 265 : « ...il ne faut pas se dissimuler que le but recherché : une plus grande sécurité dans les relations internationales, peut être en définitive compromis ; en effet, si l'on admet qu'un Etat puisse se trouver engagé par le comportement d'un organe incompétent internationalement, on introduit un élément d'incertitude qui tend à compliquer les relations internationales. Enfin, en ne tenant pas toujours compte de la volonté des Etats, on risque de détourner ces derniers,

On peut noter d'ailleurs qu'à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, un projet d'article intitulé « Modification des traités par une pratique ultérieure » — dans le commentaire duquel la Commission du droit international s'était référée précisément à *l'affaire du temple de Préah Vihear* et à *l'affaire de l'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international*¹²³ — n'a pas été retenu parce que, comme Richard D. Kearney et Robert E. Dalton l'ont observé : « Substantial concern over the unpredictable effects of the article was expressed in the committee of the whole. The U.S. Delegation urged deletion of the article. It voiced concern that relatively low-ranking officials might interpret a treaty and follow a course of conduct which, unknown to governments, could lead to modification of the treaty. Some of the African states also expressed concern. On a roll-call vote, 54 states voted for deletion of the article ; only 15 voted for its retention »¹²⁴.

Une grande prudence s'impose donc dans ce domaine puisque, le plus souvent, les organes dont ces actes ont émané (actes qui non seulement n'étaient pas destinés à la Partie adverse, mais qui, au surplus, étaient essentiellement d'ordre interne) n'ont pas eu conscience d'aboutir à la création de nouveaux rapports de droit interétatiques, n'ont pas eu pour but de produire les effets de droit que les tribunaux internationaux y attachent. Il est clair que ces tribunaux doivent pouvoir établir, en pareille hypothèse, que les Parties concernées ont délégué implicitement auxdits organes une compétence sur le plan international¹²⁵. Un examen des documents

toujours jaloux de leur souveraineté, de l'arbitrage et de la juridiction internationale. Si l'évolution amorcée devait se poursuivre, et nous sommes de l'avis qu'elle le doit, elle devra se faire avec une grande prudence, et de manière à dégager des critères objectifs permettant d'apprécier à partir de quel moment un Etat est engagé par son comportement. Si ce résultat est atteint, ce serait un progrès certain pour le droit international ». Voir également Johnson, « *Preah Vihear* », p. 1203, qui souligne : « The effect of this decision of the Court [*l'arrêt rendu par la C.I.J. dans l'affaire du temple de Préah Vihear*] ... should be to place governments more than ever on their guard, particularly as to the acts and omissions of their officials, not always officials of the highest rank... Whilst agreeing with this point of view, it is to be hoped that the Court is not slowly creating a situation in which governments will be compelled to be exceptionally 'touchy', perusing each other's statute-books and putting out reservations of their position on every conceivable occasion... governments would, as a result of this case, be well advised to exercise a strict control over their technical departments, especially those concerned with survey work and map-making, and also their information departments. »

123. Cf. *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. I, p. 168, et *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels* (Nations Unies, New York, 1971), p. 60 (commentaire du projet d'article 38).

124. Richard D. Kearney et Robert E. Dalton, « The Treaty on Treaties », *A.J.I.L.* 1970, p. 525.

125. Bowett, *Estoppel*, p. 192, écrit : « It is ... clear that before a party can be bound by a representation the representation must have been made with its authority, express or implied : in the absence of such authority another party would not be entitled to rely upon the statement. Where the authority is expressly given no real difficulty arises, but in cases of implied authority it will be a question of construction of the status of the person actually making the representation and the sphere within which he purports to act with authority : there is a notion of 'apparent' authority which it would seem international tribunals will accept. »

de la jurisprudence internationale indique d'ailleurs que, dans ces cas, les Parties en litige, de même que les arbitres ou les juges, ne déduisent généralement pas la représentation des choses alléguée d'un seul acte isolé, mais d'une série d'actes concordants¹²⁶. Il apparaît que l'institution de l'*estoppel* strictement défini fournit dans ce domaine aux tribunaux internationaux des critères permettant de déterminer objectivement à partir de quel moment un Etat est engagé par de tels actes.

Une autre question retient l'attention dans ce contexte : celle de savoir si, et dans quelle mesure, les gouvernements sont liés par les déclarations, plaidoiries et exposés, voire par le silence ou l'inaction, de leurs agents, avocats et conseils devant les tribunaux internationaux. On a vu en effet que, dans l'*affaire Losinger*, l'agent du Gouvernement yougoslave a contesté le bien-fondé de l'argument que la Suisse avait basé sur l'*estoppel* — argument selon lequel l'Etat yougoslave ne pouvait revenir devant la Cour sur des déclarations formelles que ses représentants avaient faites précédemment devant un arbitre et qu'il n'avait jamais désavouées — en affirmant que le métier d'avocat deviendrait impossible si l'on admettait une telle thèse¹²⁷. D.W. Bowett a fait observer que la *common law* a élaboré à ce sujet deux règles spécifiques, soulignant :

« There are in English and American municipal law two rules which are sub-species of estoppel by conduct : they are, first, the rule of election of remedies, and, second, the rule of preclusion of inconsistent positions. Both rules operate within the domain of judicial proceedings ... By the rule of election of remedies a party pursuing one remedy rather than another, where that party is entitled to recover via either remedy but not both, is precluded from subsequently pursuing the remedy against which he elected in the first instance. ...

By the rule precluding inconsistent positions a party will be estopped from taking up a position on the facts of an issue inconsistent with that he has previously taken up on the same issue... »¹²⁸,

et considérant que ces deux règles ont également trouvé application au niveau international. S'agissant de la première, Bowett s'est référé à l'*affaire Yukon Lumber Company* (1910)¹²⁹ — dans laquelle la

126. Voir les observations présentées sur ce point par Barale, *op. cit.*, p. 393 et ss. (à propos de l'acquiescement dans la jurisprudence internationale), et par Cahier, *op. cit.* p. 240 et ss. (à propos du comportement des Etats comme source de droits et d'obligations).

127. Cf. *supra*, pp. 105-106.

128. Bowett, *Estoppel*, pp. 187-188 (notes omises). Ces deux règles sont des sous-catégories de l'*estoppel by election* qui — comme on l'a vu *supra*, par. 25, al. c, p. 46 — constitue lui-même l'une des catégories de l'*estoppel by representation*. Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, p. vi et p. 285 et ss., considère à juste titre que l'on se trouve ici en présence d'un « quasi-estoppel ». Il est certain que les tribunaux internationaux appliquent ces deux règles sans faire appel à la notion d'*estoppel*.

129. Cf. *American and British Claims Arbitration under the Special Agreement Concluded between the United States and Great Britain August 18, 1910, Report of Fred K. Nielsen* (Washington : Government Printing Office, 1926), p. 438 et ss.

Grande-Bretagne avait réclamé aux Etats-Unis, à titre principal, le paiement de taxes dues à la Couronne sur du bois d'œuvre coupé sans autorisation dans les forêts domaniales canadiennes par un certain Howard Mountain et vendu aux autorités militaires américaines en Alaska, et, à titre subsidiaire, le remboursement intégral de la valeur de ce bois — en citant un passage de la sentence dans lequel le tribunal a notamment affirmé :

« ... the British government does not claim first for the value and secondly for the dues, but first for the dues, and in the alternative for the value. It seems that this alternative is somewhat contradictory, as it is clear that the claim for the dues is exclusive of a claim for recovery. »¹³⁰

En ce qui concerne la deuxième de ces règles, il a mentionné l'affaire du *Lisman* (1937)¹³¹, dans laquelle l'arbitre a déclaré, considérant que le demandeur ne pouvait remettre en question ce que la société dont il assurait la protection dans la présente instance avait expressément admis précédemment devant la Cour britannique des Prises :

« ... it is seen at once that by the position he deliberately took in the British Prize Court, that the seizure of the goods and the detention of the ship were lawful, and that he did not complain of them, but only of undue delay from the failure of the Government to act promptly, claimant affirmed what he now denies, and thereby prevented himself from recovering there or here upon the claim he now stands on, that these acts were unlawful, and constitute the basis of his claim. »¹³²

Il est certain que ces deux règles procédurales, connues des différents ordres juridiques internes sous des dénominations diverses, trouvent également application dans l'ordre juridique international (sans qu'il y ait lieu de parler d'*estoppel*, parce qu'elles sont parfaitement consistantes en elles-mêmes). Il en découle que les Gouvernements peuvent être liés par des déclarations de leurs représentants devant les tribunaux internationaux, eu égard aux circonstances dans

130. Bowett, *Estoppel*, pp. 187 in fine - 188 (passage tiré de Nielsen, *op. cit.*, pp. 441-442). On peut rappeler que c'est cette règle relative au choix entre deux solutions s'excluant l'une l'autre (*the rule of election of remedies*) que l'agent des Etats-Unis et le conseil du Royaume-Uni ont invoqué, en parlant d'*estoppel*, dans l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (cf. *supra*, pp. 154-156). Il est à signaler que d'autres passages de cette sentence ont également été pris en considération par certains auteurs au titre de l'*estoppel* largement entendu (en particulier par Lauterpacht, *Private Law Sources*, p. 280, Friede, *Estoppel*, pp. 533-534, Bowett, *loc. cit.*, Mosconi, *Estoppel*, pp. 393-394, 401, Jenks, *International Adjudication*, p. 267, Dominicé, *Estoppel*, pp. 353-354) : l'acquiescement de la Grande-Bretagne au *trespass* — c'est-à-dire à l'infraction à la loi — de Mountain l'empêchait d'affirmer qu'elle avait gardé la propriété de ce bois et d'en réclamer le remboursement intégral.

131. Sentence du 5 octobre 1937 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne, reproduite dans *R.S.A.N.U.*, vol. 3, p. 1767 et ss.

132. *R.S.A.N.U.*, vol. 3, p. 1790. Cf. Bowett, *Estoppel*, p. 188. Voir également Cheng, *op. cit.*, p. 142, Jenks, *International Adjudication*, pp. 415, 541, Dominicé, *Estoppel*, pp. 352-353.

lesquelles ces déclarations ont été faites. Ainsi que M. Verzijl, président de la Commission franco-mexicaine des réclamations, l'a souligné dans l'*affaire Pinson* (1928)¹³³, en vue d'éliminer tout malentendu en ce qui concerne le rôle des agents :

« ... Pour bien préciser ce rôle, je tiens à déclarer que les agents doivent être considérés, et que, après certaines explications à propos de points particuliers que concernaient directement les bases mêmes de la défense, il m'a fallu les considérer constamment, non comme de simples avocats, ayant liberté d'énoncer toutes sortes d'opinions personnelles, quand bien même ces opinions seraient en contradiction avec l'opinion de leur Gouvernement, mais comme les représentants officiels de ce dernier. S'il en était autrement, on ne saurait jamais si l'agent expose des opinions personnelles, ou bien le point de vue officiel de son Gouvernement, et les débats revêtiraient un caractère hybride et indéfinissable. »¹³⁴

On peut citer aussi les remarques que Shabtai Rosenne a présentées sur ce point, en donnant plusieurs exemples, à propos de la Cour de La Haye :

« ... The Court has consistently adopted the view that there can be no doubt as to the binding character of declarations made by agents, or by counsel acting under the authority of agents, and it would be compatible with the general representative character of the agents that they should be competent, in the eyes of the Court, to make informal or tacit agreements in the course of proceedings before the Court. »¹³⁵

Un problème particulier doit également être mentionné : celui de la représentation en droit international — c'est-à-dire la question de savoir si un sujet de droit international peut agir par l'intermédiaire des organes d'un autre sujet de ce droit. On a vu, en étudiant l'*estoppel by representation* du droit anglais, que si une personne devient l'auteur ou le destinataire d'une *representation* par le truchement d'un représentant (mandataire, associé, agent, tuteur, etc.) agissant dans l'exercice de ses fonctions et dans les limites des pouvoirs qui lui auront été expressément ou implicitement délégués, c'est elle qui, en tant que représenté (mandant, patron, pupille, etc.), sera, le cas échéant, soit le véritable obligé qui se verra opposer l'*estoppel* résultant de cette *representation*, soit le véritable bénéficiaire dudit *estoppel*¹³⁶. Le droit international connaît, comme les différents

133. Cf. *La réparation des dommages causés aux étrangers par des mouvements révolutionnaires*, *Jurisprudence de la Commission Franco-Mexicaine des réclamations* (1924-1928) (Paris, 1933), *Réclamation de la République française au nom de Georges Pinson contre les Etats-Unis du Mexique*, p. 1 et ss.

134. *Ibid.*, p. 62. M. Verzijl s'est référé à ce sujet à un article de la première Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, aux termes duquel : « Les Parties ont le droit de nommer auprès du Tribunal des agents spéciaux, avec mission de servir d'intermédiaires entre Elles et le Tribunal. »

135. Shabtai Rosenne, *The International Court of Justice, An Essay in Political and Legal Theory* (Leyden : Sijthoff, 1957), p. 300, par. 127 (note omise).

136. Cf. *supra*, respectivement, par. 9, al. d, 1^o, p. 23, et par. 10, al. a, p. 24.

droits internes, les relations de mandat ou de représentation qui permettent à un sujet de droit d'agir au nom d'un autre sujet¹³⁷. Comme Jean-Paul Jacqué l'a noté très clairement :

« ... Le représentant est chargé d'agir pour le compte du représenté dans le cadre *des relations de celui-ci avec d'autres sujets de droit international*. ... »

Les règles de la représentation sont donc fort simples. On trouve à la base de celles-ci un accord international qui charge le représentant de sa mission. Cet accord constitue l'acte d'habilitation du représentant.

La technique de la représentation permet ainsi un déplacement du rapport d'imputation. L'acte accompli par un organe d'un sujet est imputable à un autre sujet. Cette technique d'imputation des actes juridiques peut être utilisée à des fins diverses. »¹³⁸

On peut dire par conséquent, en ce qui concerne la théorie de l'*estoppel* en droit des gens, que les observations que l'on a présentées au sujet de la représentation en droit anglais valent également, en substance, pour la représentation internationale¹³⁹.

Il est un dernier point qui pourrait retenir l'attention, mais il exigerait des développements qui ne trouvent pas leur place ici : c'est la question de la succession aux actes telle qu'elle est envisagée dans le cadre de la théorie générale de la succession d'Etats et de gouvernements. On a constaté que, dans la *common law*, les mêmes règles s'appliquent en matière d'*estoppel* qu'en matière contractuelle en cas de décès ou d'incapacité juridique totale ou partielle de l'auteur ou du destinataire de la *representation* considérée au moment où l'*estoppel* est invoqué au cours de la procédure judiciaire¹⁴⁰. Il est évident que cette question soulève dans l'ordre international des problèmes beaucoup plus complexes que dans l'ordre interne. Qu'il suffise d'indiquer que, sur la base d'un projet d'articles établi à la suite de longs et difficiles débats par la Commission du droit international des Nations Unies, une conférence diplomatique vient de conclure une Convention sur la succession d'Etats en matière de traités¹⁴¹, et que cette Commission poursuit actuellement ses travaux sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités.

On peut conclure, en s'inspirant d'une heureuse formule utilisée par Jean-Paul Jacqué en ce qui concerne l'acte juridique international, que la déclaration, l'acte ou le comportement d'où découle la repré-

137. Cf. notamment A.P. Sereni, « La représentation en droit international », *R.C.A.D.I.* 1948, vol. II, pp. 73-163, Henri Thévenaz, « La Suisse, Etat mandataire », *A.S.D.I.* 1949, pp. 9-36, Jacqué, *op. cit.*, pp. 104-110.

138. Jacqué, *op. cit.*, p. 105.

139. *L'affaire du temple de Préah Vihéar*, dans laquelle la C.I.J. a affirmé que la France et, par l'intermédiaire de celle-ci, le Cambodge se sont fiés à l'acceptation de la carte de l'annexe I par la Thaïlande à l'avantage de cet Etat, en fournit un bon exemple (cf. *supra*, p. 126).

140. Cf. *supra*, par. 9, al. d, 1^o, p. 23, et par. 10, al. a, p. 24.

141. *Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités*, signée le 23 août 1978 (cf. Nations Unies, doc. A/CONF. 80/31 du 22 août 1978).

sensation des choses alléguée doit émaner d'« un organe *compétent*, soit en vertu de la qualité propre de celui-ci, soit en vertu d'une habilitation particulière ou d'un accord de représentation, pour engager un *sujet de droit international* dans les limites de sa capacité » ¹⁴².

95. La représentation des choses alléguée doit avoir été émise librement. — La Partie qui recourt à l'*estoppel* doit démontrer que celui dont émane ladite représentation des choses l'a librement communiquée, car — comme on l'indiquera ci-dessous ¹⁴³ — s'il s'avère que sa volonté était viciée, la déclaration, l'acte ou le comportement visé ne saurait engendrer l'effet de l'*estoppel*.

Section II

B) LA PARTIE QUI RECOURT A L'ESTOPPEL DOIT PROUVER QUE LA DÉCLARATION, L'ACTE OU LE COMPORTEMENT QU'ELLE INVOQUE L'A INCITÉE A AGIR, OU A S'ABSTENIR D'AGIR, DE LA MANIÈRE QU'ELLE ALLÈGUE, ET QU'ELLE A EFFECTIVEMENT AGI, OU S'EST ABSTENUE D'AGIR, SUR LA FOI DE CETTE DÉCLARATION, DE CET ACTE OU DE CE COMPORTEMENT

96. Remarques introductives. — Cette condition d'application de l'*estoppel by representation*, soigneusement mise au point par la *common law* ¹⁴⁴, a été retenue de façon précise sur le plan international.

Elle a été prise en considération en effet à plusieurs reprises, comme on l'a vu, par des Parties en litige, des tribunaux, des arbitres ou des juges dans leurs opinions individuelles ou dissidentes : dans l'*affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube*, M. Charles De Visscher, plaissant pour la Roumanie, a déclaré que pour qu'une exception d'irrecevabilité fondée sur l'*estoppel* puisse être reçue, il faut que celui qui l'invoque « puisse dire à son adversaire : 'votre conduite antérieure m'a induit en erreur, j'ai été trompé : c'est à cause d'elle que je me suis comporté de telle façon...' », et sir Douglas Hogg (Grande-Bretagne) a répliqué que cette condition était bien remplie en l'espèce puisque « ...it is common ground that for some thirty years the European Commission has been undertaking

142. Jacqué, *op. cit.*, p. 111.

143. *Infra*, Chapitre V, par. 114, pp. 324-327.

144. Cf. *supra*, par. 10, pp. 24-26.

the burden and the expenses of maintaining the channel between Braila and Galatz and providing the various technical services to which allusion has been made *on the faith of the attitude of the Roumanian Government* with regard to its powers within that sector » ¹⁴⁵ ; dans *l'affaire du statut juridique du Groënland oriental*, le Danemark, faisant appel à l'institution de *l'estoppel* strictement défini, s'est notamment attaché à montrer que la Norvège n'avait pas seulement reconnu expressément la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland, mais qu'en donnant ladite reconnaissance, elle avait « amené le Gouvernement danois à entreprendre en faveur de la Norvège certains actes que, dans le cas contraire, le Danemark n'aurait jamais consenti à faire » ¹⁴⁶ ; dans *l'affaire Nottebohm*, le Liechtenstein, se référant à une définition classique de *l'estoppel by representation* anglais, selon laquelle « If one party has by any clear and unequivocal act or assertion led the other party to believe that that act is valid or that assertion true and in reliance upon that act or assertion the second party has acted or refrained from acting in a manner which results in detriment to that party... », a affirmé que « In registering Mr. Nottebohm's change of nationality on the 31st January 1940, without comment or protest, the Government of Guatemala led Mr. Nottebohm to believe that they accepted and recognized the effectiveness of the decree of naturalization granted by the Government of Liechtenstein. In reliance upon this registration, Mr. Nottebohm continued to reside in Guatemala, to retain property and to develop business there and to hold himself out as a Liechtenstein national » ¹⁴⁷ ; dans *l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, sir Percy Spender a notamment souligné dans son opinion individuelle — essentiellement fondée sur le principe de la « forclusion » (équivalent à ses yeux de *l'estoppel* du droit anglo-américain) — que « Each State party to the arbitration proceedings was entitled to place faith upon the deliberate conduct of the other State in the course of such proceedings », et M. Urrutia Holguin a affirmé dans son opinion dissidente que *l'estoppel* n'eût été applicable dans cette affaire que s'il avait été prouvé que les comportements d'un des Etats avaient « déterminé l'autre à se fier aux acquiescements et à croire à une renonciation à contester la validité de la sentence » ¹⁴⁸ ; dans *l'affaire du temple de Préah Vihear*, sir Frank Soskice, conseil de la Thaïlande, a soutenu que l'une des conditions indispensables à l'application de *l'estoppel* est que la déclaration d'où découle la représentation des choses en question « should have been one upon which the party to whom it was made was entitled

145. Cf. *supra*, pp. 95-96 (nos italiques).

146. Cf. *supra*, p. 99 (tout ce passage est en italiques dans la *Réplique du Gouvernement danois*).

147. Cf. *supra*, pp. 107-108 (nos italiques). Le Guatemala n'a pas contesté cet élément constitutif de *l'estoppel*, mais il a rétorqué que les actes invoqués n'émanaient pas d'organes habilités à engager internationalement leur Etat. Cf. *supra*, p. 109 et pp. 278 in fine-279.

148. Cf. *supra*, respectivement p. 120 et p. 121 (nos italiques).

to rely, and one on which that party *did* rely ... », et que le Cambodge n'avait jamais avancé dans cette affaire que « ... anybody made any such categoric statement *intending to bind Thailand and being understood by those to whom the statement was made as intending to bind Thailand* », mais la C.I.J. a considéré que « France, and through her Cambodia, *relied on Thailand's acceptance of the map*. Since neither side can plead error, it is immaterial whether or not this reliance was based on a belief that the map was correct », sir Gerald Fitzmaurice, M. Wellington Koo et sir Percy Spender rappelant de leur côté, dans leurs opinions jointes à l'arrêt, que l'une des conditions essentielles de l'application de la règle est que la Partie qui l'invoque doit *s'être fiée* aux déclarations ou à la conduite de l'autre Partie ¹⁴⁹ ; dans l'affaire *Tinoco*, l'arbitre unique a souligné : « An equitable estoppel to prove the truth must rest on previous conduct of the person to be estopped which has *led* the person claiming the estoppel into a position in which the truth will injure him » ¹⁵⁰ ; dans l'affaire de *Santa Isabel*, le commissaire américain a déclaré, dans son opinion dissidente, qu'en vertu de la règle moderne de l'*equitable estoppel* (c'est-à-dire de l'*estoppel by representation*), une Partie est absolument irrecevable, en raison de sa conduite, « ... from asserting rights, which might perhaps have otherwise existed, either of property, of contract, or of remedy, as against another person, *who has in good faith relied upon such conduct, and has been led thereby* to change his position for the worse... » ¹⁵¹ ; dans l'affaire des *emprunts serbes*, la C.P.J.I. n'a pas retenu l'*estoppel* invoqué du côté serbe, considérant que « Les porteurs n'ont pas fait de déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'Etat débiteur pût à bon droit se fonder et se soit fondé » ¹⁵², et c'est en se référant à ce passage de l'arrêt que, dans l'affaire *relative à certains emprunts norvégiens*, l'avocat de la France a soutenu que pour que l'*estoppel* trouvât application en l'espèce, il eût fallu que « les créanciers des emprunts eussent délibérément renoncé à leurs droits, suivant une déclaration claire et non équivoque sur laquelle l'Etat et les collectivités débitrices se sont effectivement fondés... » ¹⁵³ ; dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord, la C.I.J. a précisé qu'il y aurait eu situation d'*estoppel* si l'on s'était trouvé en présence d'un comportement, de déclarations, etc., de la République fédérale d'Allemagne qui n'auraient pas seulement attesté d'une manière claire et constante une acceptation par cet Etat du régime conventionnel en question, mais auraient également « caused Denmark or the Netherlands, *in reliance on such conduct, detrimentally to change position...* » ¹⁵⁴.

149. Cf. *supra*, respectivement pp. 125, 126, 130, 132 *in fine* et 136 (nos italiques).

150. Cf. *supra*, p. 144 (nos italiques).

151. Cf. *supra*, p. 146 *in fine* (nos italiques).

152. Cf. *supra*, p. 150 *in fine* (nos italiques).

153. Cf. *supra*, p. 152 (nos italiques).

154. Cf. *supra*, p. 169 (nos italiques).

Certains auteurs, partisans de la conception restrictive de l'*estoppel* en droit des gens, ont mentionné expressément cet élément essentiel dans leurs études ¹⁵⁵.

Il s'avère donc que les traits fondamentaux de cette deuxième condition d'application de l'*estoppel by representation* de la *common law* ont été retenus dans l'ordre international. On peut s'inspirer par conséquent en substance, sur le plan théorique, des indications générales que l'on a données à leur propos dans la première Partie du présent ouvrage ¹⁵⁶.

97. Incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière alléguée.

— Comme George Spencer Bower l'a souligné à juste titre dans son livre sur l'*estoppel by representation* anglais, il convient d'établir ici une distinction entre l'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, proprement dite (*inducement*), et le fait que la *representation* était raisonnablement susceptible d'inciter son destinataire à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'il allègue (*materiality* de la *representation*), la Partie qui recourt à l'*estoppel* devant établir séparément la preuve de ces deux éléments ¹⁵⁷.

1° L'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, proprement dite.

La Partie qui recourt à l'*estoppel* doit démontrer que, par ses déclarations, ses actes ou ses comportements, son adversaire lui a donné une représentation des choses qui l'a incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue. En d'autres termes, elle doit établir que les déclarations, actes ou comportements qu'elle invoque à ce titre lui étaient effectivement adressés et ont été la cause déterminante de sa décision d'agir, ou de s'abstenir d'agir. Tel ne sera pas le cas, par exemple, si la représentation des choses en question revêtait un degré d'incertitude tel que l'on ne peut manifestement pas la considérer comme ayant été susceptible de déterminer son destinataire ¹⁵⁸ à agir, ou à s'abstenir d'agir ¹⁵⁹, ou si celui-ci a omis de prendre connaissance de toutes les conditions et précisions contenues dans le ou les documents sur lesquels il dit s'être fondé

155. Cf. notamment les études des différents auteurs mentionnés *supra*, par. 71, pp. 190-192.

156. *Supra*, par. 10, al. b et c, pp. 25-26.

157. Cf. *supra*, par. 10, al. b, p. 25.

158. Les remarques que l'on a présentées *supra*, pp. 276-286, sur les organes par le truchement desquels un sujet de droit international peut émettre, par ses déclarations, actes ou comportements, une représentation des choses susceptibles de créer un *estoppel* à son encontre valent également pour les organes par l'intermédiaire desquels un sujet de droit international peut devenir le destinataire de ladite représentation.

159. Voir les indications que l'on a données *supra*, p. 275, sur le caractère clair et non équivoque que doit avoir revêtu la représentation des choses alléguée.

pour agir, ou pour s'abstenir d'agir, ou encore a été conduit à agir, ou à s'abstenir d'agir, sur la base d'autres considérations ¹⁶⁰.

La question se pose certes de savoir si la représentation des choses alléguée doit, dans tous les cas, avoir été *destinée directement et personnellement* à la Partie qui fonde sur elle un *estoppel*. Il semble que l'on peut s'inspirer largement des indications que l'on rencontre à ce sujet dans la jurisprudence et la doctrine britanniques ¹⁶¹, et il paraît approprié de citer quelques-unes des intéressantes observations que Spencer Bower et Turner ont présentées sur ce point :

« ... A representee [c'est-à-dire le destinataire de la *representation*] is deemed in law to include not only any person to whom the representation was directly and immediately made, but also any person to whose notice the representation, though not made to him, was intended to, and did in fact, come. Such intention may be shown to have been expressed by the representor [c'est-à-dire l'auteur de la *representation*], when making the representation, in the form of a request or authority to the person addressed in the first instance to pass it on or repeat it to the person whom it was intended to reach, and who thus becomes the representee, or one of several representees, as the case may be. Or such intention may be inferred from the representor's proved or presumed knowledge that the representation was of such a character that in the ordinary course of business, it would naturally and probably be transmitted to third persons. » ¹⁶²,

en spécifiant, notamment, que si l'auteur de la *representation* n'a pas entendu la communiquer à un individu déterminé, mais à un groupe de personnes, ou au public en général, toute personne appartenant audit groupe ou collectivité pourra invoquer l'*estoppel* que cette *representation* aura créé ¹⁶³. On peut affirmer que l'ensemble de ces considérations valent également, sur le plan international, pour les destinataires d'une représentation des choses découlant de façon claire et non équivoque des déclarations, actes ou comportements d'une autre Partie, c'est-à-dire pour des sujets du droit des gens agissant, ou s'abstenant d'agir, par l'intermédiaire de leurs organes sur la foi de ladite représentation des choses.

Le problème de l'*intention* de l'auteur de la représentation des choses alléguée retient aussi l'attention : doit-on analyser sa volonté réelle et rechercher s'il a véritablement eu l'intention d'inciter la

160. Voir les indications que l'on donne *infra*, p. 300, sur le nécessaire lien de causalité entre la représentation des choses alléguée, l'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, et la modification dans les positions relatives des Parties en cause.

161. Cf. *supra*, par. 10, al. a, pp. 24-25.

162. Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, p. 110, par. 119.

163. *Ibid.*, pp. 111-113, par. 320. Il est clair que, dans un tel cas, le caractère public de la *representation* doit être nettement établi, et que l'effet de celle-ci ne peut s'étendre au-delà du groupe ou de la collectivité auxquels elle était destinée.

Partie qui invoque l'*estoppel* à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue, ou doit-on s'attacher simplement aux aspects « objectifs » de ses déclarations, actes ou comportements, afin de savoir si cette autre Partie a pu légitimement se fier à l'intention qui semblait s'en dégager ? Il paraît utile de se référer à nouveau sur ce point aux remarques fort pertinentes de Spencer Bower et Turner :

« ... It must always be remembered, that the intention need not necessarily be established directly : it may — indeed, it generally must — be presumed or inferred from other facts ; and, particularly, from voluntary use of language, or conduct, on the part of the representor which was of a nature to induce a normal person in the circumstances of the particular case to act as the representee did, and which was calculated in this sense to have that effect, though not in the sense of a personal design. In such cases, it is not in the least necessary to show that the representor actually set before himself as an object the influencing of the representee in the alleged, or in any particular, manner ; still less that he proposed to mislead or deceive him »¹⁶⁴,

et de citer les deux passages suivants, tirés de la jurisprudence britannique, qui indiquent la position de juges anglais sur cette question :

« ... if, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would take the representation to be true, and believe that it was meant that he should act upon it, and did act upon it as true, the party making the representation will be equally precluded from contesting its truth »¹⁶⁵,

et

« ... I do not think it is necessary that the person making the statement intended the person to whom he made the statement to act in any particular way upon it : it is enough if it was reasonable, as a matter of business, for the plaintiff to do what he did as a result of his belief in the defendant's statement »¹⁶⁶.

Certains auteurs ont présenté à juste titre des observations similaires en ce qui concerne la théorie de l'*estoppel* en droit des gens. Jean Barale a avancé par exemple, examinant les conditions dans lesquelles l'acquiescement peut entraîner un *estoppel* :

« ... Lorsqu'un Etat, par un comportement nettement caractérisé, donne aux autres Etats une représentation de sa position telle que

164. *Ibid.*, p. 90, par. 99 (notes omises).

165. Cf. *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Exch. 654 (per Parke B., à la page 663) — cité par Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, p. 90, note 2.

166. Cf. *Seton, Laing & Co. v. Lafone* (1887), 19 Q.B.D. 68 (per Lord Esher M.R., à la page 72) — cité par Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, p. 90, note 2, qui mentionne également les vues exprimées par deux juges dans l'affaire *Pierson, v. Altrincham Urban District Council* (1917), 86 L.J.K.B. 969, respectivement aux pages 972 et 973, selon lesquelles : « ... if the representation was such as would reasonably have the effect of inducing the representee to believe and act upon it as true, the intention so to induce may be inferred as a fact... ».

ceux-ci puissent s'y fier, il importe peu de savoir si cette représentation correspond à la volonté effective de cet Etat : celui-ci ne peut plus, en principe, revenir sur la représentation qu'il a donnée... » ¹⁶⁷,

et Jean-Paul Jacqué a souligné notamment, s'interrogeant sur l'intention de l'Etat dont le comportement est pris en considération dans les cas d'*estoppel* :

« ... Peu importe l'intention réelle de l'Etat, ce qui compte ce sont les conclusions qu'ont pu légitimement tirer les autres Etats de son comportement ... L'*estoppel* vise donc les situations dans lesquelles il est impossible à une Partie de revenir sur une attitude antérieure, non parce qu'elle a accepté clairement une obligation, mais surtout parce que les tiers se sont fiés à cette attitude et qu'il en résulte un changement dans la situation des Parties. » ¹⁶⁸

Et une telle vue des choses est confirmée, comme on le verra, si l'on place le fondement juridique de l'*estoppel* en droit international public dans la théorie de l'accord implicite ¹⁶⁹.

2° *La matérialité requise de la représentation des choses alléguée pour qu'elle puisse entraîner l'effet de l'estoppel.*

Spencer Bower et Turner indiquent à ce propos :

« .. The representation must have been one reasonably capable of inducing the alteration of position which the representee sets up as its actual consequence. It must have been 'of a nature', and in that sense 'calculated', or of which the tendency or natural and probable result is, to induce the particular representee, in the circumstances of the individual case, to alter his position in the manner alleged. » ¹⁷⁰

Il est clair que dans l'ordre juridique international comme dans le système de la *common law*, la Partie qui recourt à l'*estoppel* doit établir que la représentation des choses en question était raisonnablement propre à inciter un sujet de droit à agir, ou à s'abstenir d'agir, comme il l'a fait ; elle doit démontrer, en d'autres termes, qu'un sujet de droit pouvait raisonnablement la considérer comme vraie et croire que son auteur voulait qu'il agît, ou s'abstînt d'agir, en se fondant sur elle. Le tribunal devra bien entendu tenir compte à cet égard de toutes les circonstances de l'espèce.

167. Barale, *op. cit.*, p. 426. Cet auteur se réfère notamment à l'affaire des *Grisbadarna*, que l'on a mentionnée *supra*, p. 279.

168. Jacqué, *op. cit.*, p. 219, note 80 (italiques omis).

169. Cf. *infra*, par. 108, p. 307 et ss.

170. Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation* par. 102, pp. 91-92 (note omise).

98. Avoir agi, ou s'être abstenu d'agir, sur la foi de la déclaration, de l'acte ou du comportement invoqué. — Une Partie à un litige qui recourt à l'*estoppel* ne saurait prétendre avoir agi, ou s'être abstenue d'agir, sur la foi d'une déclaration, d'un acte ou d'un comportement de son adversaire si elle savait que la représentation des choses qui en découlait était fausse ou irrégulière. Elle doit prouver qu'elle a agi, ou s'est abstenue d'agir, de bonne foi, en croyant à son exactitude. Si tel n'était pas le cas, l'*estoppel* qu'elle invoque pourrait — comme on le constatera¹⁷¹ — se voir opposer une fin de non-recevoir.

Il faut souligner, en revanche, que la bonne ou mauvaise foi de celui dont émane ladite représentation des choses est sans importance du point de vue de l'*estoppel*, pourvu qu'il l'ait émise de façon claire et non équivoque, car l'*estoppel* vise en quelque sorte à sanctionner l'apparence créée par cette représentation, quand bien même celle-ci ne serait pas conforme à la vérité.

Section III

C) MODIFICATION DANS LES POSITIONS RELATIVES DES PARTIES EN CAUSE, AU PRÉJUDICE DE CELLE QUI RECOURT A L'ESTOPPEL, OU A L'AVANTAGE DE SON ADVERSAIRE, OU LES DEUX A LA FOIS. LIEN DE CAUSALITÉ A ETABLIR ENTRE LA REPRÉSENTATION DES CHOSES ALLÉGUÉE, L'INCITATION A AGIR, OU A S'ABSTENIR D'AGIR, ET LA MODIFICATION QUI EN EST RÉSUITE DANS LES POSITIONS DES PARTIES. EFFET RELATIF DE L'ESTOPPEL

99. Remarques introductives. — Dans le système de la common law, on l'a vu, la Partie qui recourt à l'*estoppel by representation* doit démontrer qu'ayant été incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, par une *representation* qui lui était adressée, elle a modifié sa position à son préjudice, et elle doit établir à cet effet le lien de causalité existant, respectivement, entre la *representation*, l'incitation à agir ou à s'abstenir d'agir, la modification de position et le préjudice subi¹⁷². On a indiqué que les tribunaux anglais ont interprété de façon extensive cette notion de préjudice, en mettant l'accent sur un détriment matériel, au sens le plus large, par opposition à un dommage d'ordre purement moral, à un préjudice porté à des intérêts strictement intellectuels ou affectifs, qui ne saurait constituer

171. *Infra*, Chapitre V, par. 112, p. 322-323.

172. Cf. *supra*, par. 11, pp. 27-28.

une altération de position aux fins de l'*estoppel by representation* ¹⁷³. On a noté également que, dans la plupart des cas, la modification de position en question ne donne pas lieu à un préjudice actuel, mais éventuel, savoir : ce n'est que si l'auteur de la *representation* était autorisé à revenir sur celle-ci qu'un préjudice apparaîtrait au détriment de celui qui a agi, ou s'est abstenu d'agir, sur la foi de cette *representation*, et c'est précisément ce que l'*estoppel* vise à empêcher ¹⁷⁴.

On a constaté dans la deuxième Partie du présent ouvrage que les tribunaux internationaux ont tenu compte dans une large mesure de cette troisième condition d'application de l'*estoppel by representation* de la *common law*, sur laquelle des Parties en litige ont souvent mis l'accent devant eux et au sujet de laquelle des arbitres ou des juges ont présenté d'intéressantes observations dans leurs opinions individuelles ou dissidentes : dans l'*affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube*, M. Charles De Visscher, plaidant pour la Roumanie, a souligné qu'une exception fondée sur l'*estoppel* « n'est recevable que si celui qui l'invoque, si celui qui s'en prévaut, se trouve exposé à *subir un dommage injuste* au cas où son adversaire serait admis à démontrer le bien-fondé de sa thèse. Il faut, en d'autres termes, que celui qui invoque l'exception d'irrecevabilité puisse dire à son adversaire : '... Vous ne pouvez pas, aujourd'hui, m'opposer une thèse qui, si elle était reconnue fondée, me causerait un *préjudice*' » ¹⁷⁵ ; dans l'*affaire du statut juridique du Groënland oriental*, le Danemark, s'attachant à établir l'existence des différents éléments constitutifs de l'*estoppel* strictement défini qu'il invoquait, a notamment affirmé que la Norvège n'avait pas seulement reconnu expressément la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland, mais avait « *reçu des compensations en échange de cette reconnaissance* », avait, par ses actes, « *décidé le Danemark à lui faire ... des concessions* qui étaient la contre-partie du désintéressement de la Norvège au Groënland », et il s'est efforcé de démontrer le lien étroit qui existait entre l'attitude de la Norvège à l'égard du Danemark dans la question du Groënland et les avantages et concessions qu'elle avait obtenus en échange, mais la Norvège a contesté le bien-fondé de cet argument en faisant valoir que lesdits avantages et concessions (un accord à la réduction d'une dette norvégienne et une absence de protestation contre l'acquisition du Spitzberg par la Norvège) étaient entièrement indépendants de l'attitude qu'elle avait adoptée en ce qui concerne la question de la souveraineté sur le Groënland, et elle a souligné par ailleurs, s'agissant de l'*estoppel* qu'elle invoquait elle-même à l'encontre du Danemark, que s'il était maintenant permis à cet Etat « de rétracter ses précédents aveux et d'affirmer une souveraineté qui, selon ses dires, lui donnerait le droit d'interdire la chasse

173. Cf. *supra*, par. 11, al. a, p. 27.

174. *Ibid.*

175. Cf. *supra*, p. 95 (nos italiques).

aux Norvégiens [au Groënland oriental], cela entraînerait pour la Norvège un préjudice incontestable, causé par l'action même du Danemark... »¹⁷⁶ ; dans l'affaire *Nottebohm*, le Liechtenstein a spécifié qu'une Partie qui fait appel à l'estoppel doit prouver qu'elle a agi, ou s'est abstenue d'agir, sur la foi de l'acte ou de l'assertion de son adversaire qu'elle invoque à ce titre, « *in a manner which results in detriment to that party* », et il a prétendu que tel était bien le cas en l'espèce¹⁷⁷ ; dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne, le Nicaragua a cherché à contester la thèse hondurienne, essentiellement fondée à son avis sur l'estoppel, en soutenant que les différents éléments constitutifs de cette règle n'étaient pas réunis en l'espèce, affirmant en particulier — dans un passage que l'on a reproduit *in extenso* en présentant cette affaire¹⁷⁸ parce qu'il soulève, comme on va le voir¹⁷⁹, des questions concernant le sens qu'il convient de donner à la notion de « préjudice » aux fins de la théorie de l'estoppel en droit des gens — qu'« il apparaît clairement que dans le cas du Honduras il n'y a pas trace de préjudice subi par ce pays par suite de la confiance qu'il aurait eue dans les déclarations ou actes du Nicaragua »¹⁸⁰ ; dans l'affaire du temple de Préah Vihear, un conseil de la Thaïlande, sir Frank Soskice, a déclaré que l'estoppel invoqué du côté cambodgien ne pouvait s'appliquer dans cette affaire, vu l'inexistence d'une représentation des choses claire et non équivoque « upon which the party to whom is was made was entitled to rely, and ... on which that party did rely, with the result that his position was worsened », mais la C.I.J. a considéré que la Thaïlande n'était pas recevable, en raison de sa conduite antérieure, à affirmer maintenant qu'elle n'avait pas accepté la carte de l'annexe I, soulignant notamment (sans rechercher cependant avec soin la nature et la portée des avantages en question, et sans parler d'un préjudice subi par le Cambodge ou, tout au moins, d'une modification dans les positions relatives des Parties) que *cet Etat avait joui pendant cinquante ans des avantages que la Convention de 1904 lui assurait, quand ce ne serait que l'avantage d'une frontière stable*, que la Partie adverse s'était fiée à son acceptation de la carte, qu'il ne pouvait dès lors, *tout en continuant à invoquer les bénéfices du règlement et à en jouir*, contester qu'il ait jamais été partie consentante au règlement — affirmation contre laquelle deux juges dissidents se sont élevés, l'un (M. Wellington Koo) estimant, entre autres, qu'il n'existait aucune preuve que la France, en tant qu'Etat protecteur du Cambodge, se soit jamais fiée au silence de la Thaïlande à son propre détriment, et que l'on ne pouvait non

176. Cf. *supra*, respectivement pp. 98-99 (*Réplique du Gouvernement danois*), p. 101 (*Exposé de M. De Visscher (Danemark)*), et p. 100 (*Duplique du Gouvernement norvégien*) (nos italiques).

177. Cf. *supra*, p. 108 (nos italiques).

178. *Supra*, pp. 113 *in fine* - 114.

179. *Infra*, p. 299.

180. Cf. *supra*, p. 113 *in fine* (nos italiques).

plus soutenir que la Thaïlande ait *retiré un avantage spécial* du fait que la France se serait fiée à la prétendue acceptation de la carte de l'annexe I par la Thaïlande, l'autre (sir Percy Spender) indiquant que même s'il avait été démontré que l'attitude de la Thaïlande correspondait à une représentation des choses claire et non équivoque sur laquelle la France pût à bon droit se fonder et se fût fondée, aucune preuve n'avait jamais été présentée au sujet d'un quelconque *dommage* qu'elle aurait subi de ce fait ou d'un *profit* que la Thaïlande aurait pu retirer de son absence de protestation¹⁸¹ ; dans l'affaire de la *Guyane britannique*, l'un des arbitres a demandé en cours de procédure à la Partie qui avait invoqué l'*estoppel* si la condition essentielle du *préjudice subi* était bien remplie en l'espèce¹⁸² ; dans l'affaire *Corvaia*, le surarbitre a mis l'accent sur certains des éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* de la *common law*, soulignant en particulier : « ...the man who accepts, without express permission of his own government and against the positive inhibitions of her laws, public and confidential employment from another nation is himself estopped from reverting to his prior condition to the prejudice of the country whose interests he has adopted »¹⁸³ ; dans l'affaire *Tinoco*, l'arbitre unique a déclaré — se référant à une définition classique de l'*équitable estoppel* (c'est-à-dire de l'*estoppel by representation*) anglo-américain, selon laquelle : « An equitable to prove the truth must rest on previous conduct of the person to be estopped, which has led the person claiming the estoppel into a position in which the truth will injure him » — que la non-reconnaissance par la Grande-Bretagne du gouvernement de fait du général Tinoco « did not lead the succeeding government to change position in any way upon the faith of it. Non-recognition may have aided the succeeding government to come into power ; but subsequent presentation of claims based on the *de facto* existence of the previous government and its dealings does not work an injury to the succeeding government... »¹⁸⁴ ; dans l'affaire des *emprunts serbes*, la C.P.J.I. n'a pas retenu l'*estoppel* invoqué du côté serbe, considérant que l'application de ce principe à l'espèce manquait de base parce que, notamment, « L'Etat débiteur n'a pas modifié sa position. La dette serbe reste telle qu'elle avait été contractée à l'origine »¹⁸⁵ ; dans l'affaire *Shufeldt*, l'arbitre unique a admis, sur le plan théorique, le bien-fondé de l'argument des Etats-Unis basé sur l'*estoppel*, selon lequel « ... the Guatemala Government having recognized the validity of the contract for six years and received all the benefits to which they were entitled under the contract and allowed *Shufeldt* to go on spending money on the concession, is precluded

181. Cf. *supra*, respectivement p. 125 (*Argument of Sir Frank Soskice (Counsel for the Government of Thailand)*), p. 126 (*Arrêt*), pp. 132-133 (*Dissenting Opinion of Judge Wellington Koo*) et p. 136 (*Dissenting Opinion of Sir Percy Spender*) (nos italiques).

182. Cf. *supra*, p. 141 (question de Lord Russel).

183. Cf. *supra*, pp. 141 *in fine* - 142 (nos italiques).

184. Cf. *supra*, p. 144 (nos italiques).

185. Cf. *supra*, p. 150 *in fine* (nos italiques).

from denying its validity... »¹⁸⁶ » dans *l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943*, les deux défendeurs (les Etats-Unis et le Royaume-Uni) ont insisté sur cet élément de *l'estoppel* qu'ils invoquaient, soutenant — après avoir fait état de l'attitude à leur avis contradictoire de l'Italie qui, après avoir saisi la Cour, en avait contesté la juridiction en soulevant une exception préliminaire d'incompétence — qui si cette exception était retenue, le Gouvernement italien aurait alors « *improved its position at the expenses of others by first invoking the jurisdiction and then denying it* »¹⁸⁷ ; *l'affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires)* fournit, comme on l'a vu, d'utiles indications sur la notion de « préjudice subi » aux fins de la théorie de *l'estoppel* en droit des gens¹⁸⁸ — indications que l'on va prendre en considération dans le paragraphe qui suit¹⁸⁹ ; dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord*, la C.I.J. a constaté que l'on ne se trouvait pas en présence d'une « situation d'*estoppel* », notamment parce que l'on ne pouvait pas considérer que la République fédérale d'Allemagne avait, par son comportement, ses déclarations, etc., amené le Danemark et les Pays-Bas, s'y fiant, « *detrimentally to change position or suffer some prejudice* » — constatation à laquelle MM. Padilla Nervo et Kotaro Tanaka se sont entièrement ralliés dans leurs opinions jointes à l'arrêt¹⁹⁰.

Plusieurs auteurs ont également accordé une grande importance à cet élément constitutif de *l'estoppel* en droit des gens¹⁹¹, et l'on va tenir compte de leurs observations dans les conclusions d'ordre théorique que l'on va présenter maintenant.

100. Modification dans les positions relatives des Parties en cause, au préjudice de celle qui recourt à *l'estoppel*, ou à l'avantage de son adversaire, ou les deux à la fois. — Un examen approfondi des documents de la jurisprudence internationale permet de constater la justesse des vues exprimées sur ce point par sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion individuelle dans *l'affaire du temple de Préah Vihéar*, qu'il convient de citer à nouveau :

« The essential condition of the operation of the rule of preclusion or *estoppel*, as strictly to be understood, is that the party invoking the rule must have 'relied upon' the statements or conduct of the other party, either to its own detriment or to the other's advantage. The often invoked necessity for a consequent 'change

186. Cf. *supra*, p. 154 (nos italiques).

187. Cf. *supra*, pp. 155-156 (nos italiques).

188. Cf. *supra*, pp. 158-164, en particulier pp. 160 *in fine* - 161 (question posée en cours de procédure par sir Gerald Fitzmaurice), pp. 161-162 (*Reply of Sir Humphrey Waldock (Spain) et Duplique de M. Van Ryn (Belgique)*), pp. 163-164 (Arrêt).

189. *Infra*, pp. 299-300.

190. Cf. *supra*, p. 169 (Arrêt, nos italiques), p. 170 (*Separate Opinion of Judge Padilla Nervo*) et p. 171 (*Dissenting Opinion of Judge Tanaka*).

191. Voir en particulier les études des différents auteurs mentionnés *supra*, par. 71, pp. 190-192.

of position' on the part of the party invoking preclusion or estoppel is implied in this. A frequent source of misapprehension in this connection is the assumption that change of position means that the party invoking preclusion or estoppel must have been led to change its own position, by action it has itself taken consequent on the statements or conduct of the other party. It certainly includes that: but what it really means is that these statements, or this conduct, must have brought about a change in the *relative* positions of the parties, worsening that of the one, or improving that of the other, or both.»¹⁹²

Des observations similaires ont été présentées, dans la même affaire, par M. Wellington Koo et par sir Percy Spender, juges dissidents¹⁹³. Et nombre d'auteurs ont fait état de cette alternance « avantage-préjudice », condition d'application essentielle de l'*estoppel* en droit des gens¹⁹⁴. On peut citer, en particulier, les intéressantes indications que D.W. Bowett avait données à ce sujet en 1957 déjà, dans une section de son article intitulée *Reliance in good faith upon the representation of one party by the other party to his detriment (or to the advantage of the party making the representation)* :

« ... that doctrine [la doctrine de l'*estoppel*] has binding effect only where the party making the representation has secured some advantage thereby, or the other party relying on the representation has as a result suffered some detriment: the consequent change in the position of the parties means that in order to maintain good faith the party must stand by his representation... »¹⁹⁵.

Il est vrai que certains commentateurs n'ont pas insisté sur cette alternance, ne se référant qu'au nécessaire préjudice subi par le destinataire de la représentation des choses et dressant donc, manifestement, un tableau quelque peu incomplet de cet élément constitutif de l'*estoppel*¹⁹⁶. Il paraît en effet exact de considérer, avec les autorités susmentionnées, qu'il faut également tenir compte, aux fins de la détermination d'une situation d'*estoppel*, de l'« avantage » dont peut bénéficier l'auteur de ladite représentation, et de souligner qu'« avantage » et « préjudice » ne constituent pas en la matière des exigences cumulatives.

Quid de la nature de cet « avantage » et de ce « préjudice » ? Quels caractères doivent-ils présenter pour être pris en considération dans ce contexte ? Doit-on estimer, en s'inspirant du droit anglais¹⁹⁷,

192. Cf. *supra*, pp. 130 *in fine* - 131.

193. Cf. *supra*, respectivement p. 132 et p. 136.

194. Voir notamment Bowett, *Estoppel*, pp. 193-194, 197, Mosconi, *Estoppel*, pp. 391 *in fine* - 392, Bentz, *op. cit.*, p. 90, Jennings, *op. cit.*, pp. 41-43, Venturini, *op. cit.*, p. 371, Louis, *Estoppel*, pp. 219-221, 229, note 51, Vallée, *Estoppel*, pp. 960-963.

195. Bowett, *Estoppel*, p. 193, qui illustre sa pensée à l'aide de quelques exemples (*ibid.*, pp. 193-194).

196. Cf. notamment Cheng, *op. cit.*, pp. 143-144, Menzel, *op. cit.*, p. 441, Waelbroeck, *op. cit.*, p. 51, Dominice, *Estoppel, passim* (en particulier pp. 329-330, 362-365), Marek, *op. cit.*, p. 65, Verhoeven, *op. cit.*, p. 804.

197. Cf. *supra*, par. 11, pp. 27-28.

qu'un avantage ou un préjudice d'ordre purement moral ne saurait constituer une altération de position aux fins de l'*estoppel*? On ne rencontre pas d'indications précises à ce sujet dans la jurisprudence et la doctrine internationales, et l'on ne peut, au stade actuel de la formation de la théorie de l'*estoppel* en droit des gens, se prononcer de façon déterminée sur ce point¹⁹⁸. Une étude des différentes affaires dans lesquelles cet élément a retenu l'attention des Parties ou des tribunaux montre cependant que, jusqu'ici, seul un avantage ou dommage d'ordre matériel, c'est-à-dire analysable en termes économiques, a été pris en considération au titre de l'*estoppel*¹⁹⁹.

On peut rappeler que, dans l'*affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne*, le Nicaragua a cherché à réfuter la thèse du Honduras, fondée à son avis sur l'*estoppel*, en soulignant principalement qu'il n'y avait pas trace d'un préjudice subi par ce pays par suite de la confiance qu'il aurait eue dans les déclarations ou actes du Nicaragua, étant donné que « [m]ême s'il était considéré pour les besoins du raisonnement que le Nicaragua aurait reconnu en parole ou en acte la compétence du Roi comme arbitre et avait officiellement acquiescé aux violations du traité Gamez-Bonilla et que le Honduras se soit fié à cette reconnaissance ou à cet acquiescement », le dommage subi par le Honduras se serait mesuré essentiellement à la peine que lui aurait coûté la préparation de sa cause — préparation qui, de toute manière, eût été tôt ou tard nécessaire pour une négociation diplomatique, une médiation ou un arbitrage valable²⁰⁰. De même, dans l'*affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*, la C.I.J., considérant que la Partie défenderesse avait peut-être plus insisté sur cet aspect de sa première exception préliminaire que sur tout autre et tenant compte probablement de la question qu'un juge avait posée à ce sujet en cours de procédure, a consacré de larges développements à la question du « préjudice » lors de l'examen de l'argument que l'Espagne avait fondé sur l'*estoppel*, et elle est parvenue sur ce point à des conclusions négatives dont on a cité un passage en analysant cette affaire²⁰¹ et dont les traits marquants sont les suivants : s'il est vrai que la position du défendeur est pire aujourd'hui qu'elle ne l'aurait été si la présente instance n'avait pas été engagée, en ce sens que le Gouvernement belge a pu, après avoir pris connaissance des exceptions préliminaires soulevées par l'Espagne dans le premier procès, introduire dans le texte de la deuxième requête diverses modifications par rapport à la première requête dans le dessein d'améliorer sa position juridique, il est tout aussi vrai que cette circonstance n'est pas constitutive d'un préjudice effectif au détriment du défendeur, puisque la procé-

198. On ne voit pas, à vrai dire, pourquoi un dommage ou un avantage d'ordre purement moral ne saurait être pris en considération aux fins de la détermination d'une situation d'*estoppel* en droit des gens.

199. Cf. *supra*, p. 93 et ss. et p. 139 et ss.

200. Cf. *supra*, pp. 113 *in fine* - 114.

201. Cf. *supra*, p. 164.

dure devant la Cour est organisée de telle manière qu'il est toujours loisible au demandeur de modifier ses conclusions en cours d'instance (dans la mesure, bien entendu, où l'autre Partie peut présenter ses observations sur les conclusions ainsi modifiées)²⁰².

Il y a lieu enfin d'insister sur le fait que, dans de nombreux cas, l'avantage ou le préjudice considérés ne sont pas actuels, mais éventuels : ce n'est que si l'auteur de la représentation des choses en question pouvait revenir sur celle-ci en la contredisant, l'infirmant ou la modifiant sur un point essentiel qu'il retirerait quelque avantage, ou qu'un préjudice apparaîtrait au détriment de celui qui, s'y fiant, a agi, ou s'est abstenu d'agir, et l'*estoppel* intervient précisément pour faire obstacle à cette nouvelle situation²⁰³.

101. Lien de causalité entre la représentation des choses alléguée, l'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, et la modification dans les positions relatives des Parties. — La Partie qui recourt à l'*estoppel* doit établir le rapport de cause à effet existant, respectivement, entre ces différents éléments. Elle doit prouver, d'une part, qu'ayant été incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue sur la foi de la déclaration, de l'acte ou du comportement de son adversaire qu'elle invoque à ce titre, il en est résulté une modification dans leurs positions relatives, et, d'autre part, qu'il existe un lien de causalité entre cette modification des positions et son propre préjudice ou l'avantage retiré par son adversaire. Comme Spencer Bower et Turner l'ont noté très clairement à propos de l'*estoppel by representation* anglais, dans une rubrique intitulée *Representation and alteration must be cause and effect* :

« ... The relation to be established between the state of mind induced by the representation and the alteration of position, and, again, between the latter and the damage or loss alleged, is a causal one, and not one of mere succession and sequence. The *propter hoc*, as well as the *post hoc*, must be made out. »²⁰⁴

On a vu par exemple que, dans l'affaire du statut juridique du Groënland oriental, un débat d'une certaine envergure s'est engagé entre les Parties sur le rapport de cause à effet entre l'attitude de la Norvège à l'égard du Danemark dans la question du Groënland et les différents avantages que, de l'avis du Danemark, la Norvège en avait retirés²⁰⁵.

202. Voir notamment à ce sujet Omar Aslaoui, *Les conclusions et leurs modifications en procédure judiciaire internationale* (Thèse de Genève ; Genève : Librairie Droz, 1963), Guggenheim, *Traité* (1^{re} éd.), tome II, p. 151, note 1. Il est intéressant de noter que la C.I.J. n'a tenu compte dans cette affaire que des préjudices matériels allégués par l'Espagne, laissant délibérément de côté les torts d'ordre moral que cet Etat prétendait avoir subis (cf. *supra*, p. 161, *Reply of Sir Humphrey Waldock (Spain)*).

203. La situation d'*estoppel* prise en considération par la C.I.J. dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord (cf. *supra*, p. 168) en fournit un exemple frappant.

204. Spencer Bower et Turner, *Estoppel by Representation*, par. 109, p. 97. Et voir les remarques présentées à ce sujet *supra*, p. 28 (par. 11, al. b).

205. Cf. *supra*, pp. 99-101.

102. Principe de l'effet relatif de l'estoppel. — Ainsi que quelques auteurs l'ont souligné à juste titre, il est évident que, dans l'ordre juridique international comme dans le système de la *common law*, une Partie ne peut bénéficier de l'estoppel résultant d'une représentation des choses qui ne lui était pas adressée, de même qu'elle ne peut être tenue par un estoppel né d'une représentation des choses dont elle n'était pas l'auteur ²⁰⁶. On peut dire en effet, avec D.W. Bowett :

« An estoppel binds parties and privies ; it does not assist the stranger » ²⁰⁷

Et comme on le verra au chapitre suivant, cette affirmation est confirmée si l'on place le fondement juridique de l'estoppel en droit des gens dans la théorie de l'accord implicite ²⁰⁸.

Section IV

D) LA PARTIE A LAQUELLE LA DÉCLARATION, L'ACTE OU LE COMPORTEMENT INITIAL EST IMPUTABLE EST REVENUE PAR LA SUITE SUR CELUI-CI EN LE CONTREDISANT, L'INFIRMIANT OU LE MODIFIANT SUR UN POINT ESSENTIEL

103. Remarques introductives. — C'est à l'évidence la condition *sine qua non* à laquelle est attachée l'existence même d'une situation d'estoppel, en droit international comme en droit anglais. Spencer Bower et Turner, on l'a vu, introduisent leur étude approfondie de cette question (*The Discrepancy Between the two Representations*) en disant :

« ... It is of the essence of estoppel that there should be *two conflicting versions of one set of facts*, one of which, previously put forward by the representor, is the representation founding the estoppel ; the other, later in time, is the version which he is to be precluded by the estoppel from putting forward. » ²⁰⁹

On ne trouve que peu d'indications théoriques sur ce point dans la jurisprudence et la doctrine internationales, vu son caractère

206. Cf. notamment McNair, *Occupation of the Ruhr*, p. 36, Friede, *Estoppel*, p. 519, Bowett, *Estoppel*, pp. 194, 197, 200, Mosconi, *Estoppel*, pp. 391 in fine-392, Pecourt Garcia, *Estoppel*, p. 111. Et voir les indications que l'on a données au sujet de l'estoppel by representation anglais, *supra*, p. 28 (par. 11, al. c).

207. Bowett, *Estoppel*, p. 197.

208. Cf. *infra*, par. 108, p. 307 et ss.

209. Cf. *supra*, p. 28, note 105.

manifeste. Il est vrai que, dans de nombreuses affaires, les plaideurs, les tribunaux, les arbitres ou les juges dans leurs opinions jointes aux décisions, ont souligné clairement que l'institution de l'*estoppel* (largement ou strictement interprété) s'applique en cas de contradiction dans les déclarations, actes ou comportements d'une Partie, vise à empêcher cette Partie de contredire ou de contester ce qu'elle a précédemment dit, fait ou laissé croire, mais on constate qu'ils n'ont généralement pas jugé nécessaire de préciser l'étendue que doit revêtir ladite contradiction pour être prise en considération au titre de l'*estoppel* ²¹⁰. On peut certes relever que, dans l'*affaire de la Commission européenne du Danube*, M. Charles De Visscher, parlant pour la Roumanie, a indiqué : « Il faut tout d'abord — c'est incontestablement la condition essentielle pour que l'exception d'irrecevabilité soit admise — qu'il y ait une *contradiction réelle et complète* entre la thèse actuellement avancée par un gouvernement et la conduite antérieure de ce gouvernement. Il faut que l'opposition soit telle que cette conduite antérieure donne en quelque sorte à son soutènement actuel un démenti absolu... » ²¹¹, mais — comme on va le voir ²¹² — c'était énoncer cette condition en des termes par trop entiers.

Dans son ensemble, la doctrine internationale n'a pas accordé une attention particulière à cette question, qui nécessite cependant certaines précisions. On peut s'inspirer à cet égard des remarques que l'on a présentées en étudiant l'*estoppel by representation* du droit anglais ²¹³.

104. Nouvelle représentation des choses qui, émise par l'auteur de la représentation initiale, se rapporte aux mêmes faits que celle-ci et la contredit, l'infirme ou la modifie sur un point essentiel. — Un recours à l'*estoppel* n'est envisageable que si la Partie qui a donné à son adversaire une certaine représentation des choses revient ultérieurement sur celle-ci en émettant une représentation différente se rapportant aux mêmes faits, tente donc d'établir une « vérité » différente.

Cette nouvelle représentation des choses, qui doit également émaner d'un organe habilité à engager sur le plan international l'auteur de la première représentation ²¹⁴, peut, tout comme celle-ci, prendre une forme quelconque ²¹⁵. Elle doit porter exactement sur les mêmes faits que la représentation initiale, tels qu'ils existaient au moment où celle-ci fut émise.

210. Voir en particulier les affaires examinées *supra*, pp. 87-172, et dans lesquelles un parallèle a souvent été établi entre l'*estoppel* et les maximes romaines *Allegans contraria non audiendus est* et *Non concedit ventre contra factum proprium*, ou l'*estoppel* a été présenté comme une affirmation du principe de la non-contradiction.

211. Cf. *supra*, pp. 94 *in fine* - 95 (nos italiques).

212. *Infra*, par. 104, pp. 302-303.

213. Cf. *supra*, par. 12, pp. 28-29.

214. Voir les indications que l'on a données à ce sujet *supra*, par. 94, pp. 276-286.

215. Cf. *supra*, par. 92, pp. 274-275.

On peut affirmer, en se référant à la théorie anglaise de l'*estoppel by representation*, qu'il n'est pas nécessaire — comme semblerait l'indiquer la célèbre maxime romaine *Allegans contraria non audien-dus est*, souvent mentionnée en corrélation avec la théorie de l'*estoppel* en droit des gens ²¹⁶, et comme Charles De Visscher l'a laissé entendre dans sa plaidoirie dans l'*affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube* ²¹⁷ — qu'il y ait une contradiction complète entre la première représentation des choses et la seconde. Il paraît en effet suffisant que celle-ci contredise, infirme ou modifie celle-là sur un point que l'on peut raisonnablement considérer comme essentiel aux fins de l'existence d'une situation d'*estoppel*. Il paraît opportun de citer à nouveau à ce sujet les remarques fort pertinentes avancées par Spencer Bower, dans son ouvrage sur l'*estoppel by representation* anglais :

« ... The inconsistency may be total or partial, and, in the latter case, the question which thereupon falls to be determined is whether the part in respect of which the conflict arises is, or is not, such as could reasonably have been regarded by a normal representative as material in all the circumstances of the case. » ²¹⁸

Tout est en la matière question de fait et d'espèce, et il appartient donc aux tribunaux internationaux de peser *in concreto*, conformément aux règles d'interprétation établies, les différentes données qui leur sont soumises.

216. Cf. notamment *supra*, p. 90 (*affaire de la frontière des Andes, Sentence*), p. 129 (*affaire du temple de Préah Vihear, Separate Opinion of Vice-President Alfaro*), p. 159 *in fine* (*affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires), Argument of Sir Humphrey Waldock (Spain)*), p. 170 (*affaires du plateau continental de la mer du Nord, Opinion individuelle de M. Fouad Ammoun*), p. 175 (observations d'Arnold D. McNair), p. 186 (observations d'I.C. MacGibbon) et p. 188 (observations de sir Humphrey Waldock).

217. Cf. *supra*, par. 103, p. 302.

218. Cf. *supra*, p. 29, note 111.

CHAPITRE III

FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

105. Indications préliminaires. — On a constaté dans la première Partie — en suivant les vues exprimées fort clairement à ce sujet par Jean Dargent, dans son étude sur *l'estoppel* en droit anglais — que l'on peut situer théoriquement dans trois domaines différents le fondement de l'obligation pesant sur l'auteur d'une *representation* dans une situation d'*estoppel*, à savoir dans les théories de la bonne foi, de la responsabilité délictuelle ou du contrat implicite, et l'on a indiqué que les juristes anglais donnent généralement de préférence une base contractuelle à *l'estoppel by representation* ²¹⁹.

Les mêmes remarques semblent s'imposer en ce qui concerne *l'estoppel* strictement défini tel qu'il a été retenu au plan international, et l'on accordera par conséquent une attention particulière à la théorie de l'accord implicite.

106. Théorie de la bonne foi. — Il est évident que la contradiction dans les déclarations, actes ou comportements d'une Partie au préjudice d'une autre Partie est incompatible avec la bonne foi. Nombre d'autorités n'ont donc pas hésité à affirmer que la règle qui a pour effet, dans certaines conditions, d'empêcher un sujet de droit international de revenir sur ce qu'il a précédemment dit, fait ou laissé croire, est basée sur le principe général de la bonne foi, notion essentielle du droit des gens comme de tout droit, parce qu'elle constitue une application particulière de ce principe ²²⁰.

²¹⁹. Cf. *supra*, par. 16, pp. 37-39.

²²⁰. Cf. notamment Cheng, *op. cit.*, pp. 143 *in fine* - 144, Schwarzenberger, *The Fundamental Principles*, pp. 67, 302-303, 312, 323, Bowett, *Estoppel*, pp. 176, 193-195, Meron, *op. cit.*, p. 286, L. Ferrari Bravo, *La prova nel processo internazionale* (Naples, 1958), p. 143 et p. 145, note 61, sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law*, p. 172, MacGibbon, *Estoppel*, pp. 471-473, Pecourt Garcia, *Estoppel*, pp. 107-110, 135, 139, et *Preah Vihear*, pp. 161-165, Friedrich Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts* (Munich-Berlin: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3 vol., 1960-1964), vol. II, p. 75, Lucchini, *op. cit.*, p. 297, Blum, *op. cit.*, pp. 97-98, Akehurst, *op. cit.*, p. 285, Vallée, *Estoppel*, pp. 289-295. On peut rappeler également les affirmations avancées dans de nombreuses affaires par les Parties en litige, les tribunaux, les arbitres ou les juges dans leurs opinions jointes aux décisions — par exemple par le Liechtenstein dans l'affaire *Nottebohm* (cf. *supra*, p. 110).

L'intérêt d'une telle thèse est certain, car il est généralement admis que c'est en vertu du principe de la bonne foi qu'un sujet de droit international est tenu de respecter les convictions qu'il a fait naître, ou laissé naître, chez ses partenaires²²¹. On peut soutenir toutefois, sans qu'il y ait lieu de procéder ici à une étude analytique du principe de la bonne foi en droit des gens²²² ^{bis}, que cette thèse est d'une trop grande généralité et, partant, ne permet pas d'établir de façon suffisamment précise le fondement juridique de l'*estoppel* rigoureusement construit. Il est reconnu, en effet, que le principe de la bonne foi domine l'ensemble du droit international, qu'il « doit être retenu lorsqu'on s'occupe de dégager ou de mettre en œuvre une règle quelconque du droit des gens »²²², et qu'il constitue, en particulier, le fondement des accords internationaux²²³. Il est par conséquent d'un haut niveau d'abstraction. Le placer directement à la base de l'institution de l'*estoppel* strictement interprété paraît donc quelque peu hâtif — et cela d'autant plus que, comme on l'a souligné, la bonne ou mauvaise foi de celui dont émane la déclaration, l'acte ou le comportement considéré est sans importance du point de vue de l'*estoppel*²²⁴. On a certes relevé que l'*estoppel* vise à protéger celui qui, de bonne foi, a agi, ou s'est abstenu d'agir, et a modifié sa position en croyant à l'exactitude d'une certaine représentation des choses émise par son adversaire, c'est-à-dire à l'existence de certains faits, et l'on a indiqué que l'appréciation de la bonne foi revêt dans un tel cas une certaine forme d'objectivité, puisque la Partie qui recourt à l'*estoppel* doit établir que cette représentation était telle qu'un sujet de droit pouvait raisonnablement la considérer comme vraie et croire que son auteur voulait qu'il agît, ou s'abstînt d'agir, comme il l'a fait en se fondant sur elle²²⁵. Mais il est clair que le principe de la bonne foi ne se trouve pas, dans le cadre d'une situation d'*estoppel*, à la base même de l'obligation pesant sur l'auteur de la représentation des choses considérée. Le fondement juridique de cette obligation paraît bien plutôt

par M. Paul De Visscher, conseil du Honduras, et par M. Urrutia Holguin, juge *ad hoc*, dans l'affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne (cf. *supra*, respectivement pp. 114-115 et p. 121), par M. Paul Reuter, conseil du Cambodge, et par sir Percy Spender, juge dissident, dans l'affaire du temple de Préah Vihéar (cf. *supra*, respectivement p. 123 et p. 135).

221 Cf. Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 17. Il n'y a pas lieu de donner ici une liste des nombreux ouvrages et articles qui se sont prononcés dans ce sens.

221 bis. Cf. à ce sujet le récent et intéressant ouvrage d'Elisabeth Zoller, *La bonne foi en droit international public* (références données *supra*, p. 71, note 40).

222. Jules Basdevant, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1936, vol. IV, pp. 521-522.

223. Cf. Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, p. 116. Voir également l'article 26 (*Pacta sunt servanda*) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et le commentaire y relatif de la Commission du droit international des Nations Unies (article 23 du projet d'articles) in *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités* (Nations Unies, New York, 1971), respectivement p. 315 et p. 33.

224. Cf. *supra*, par. 98, p. 293.

225. Cf. *supra*, par. 97, 2^e, p. 292.

résider — comme on va l'exposer ci-dessous ²²⁶ — dans la force obligatoire de l'accord implicite auquel ladite représentation des choses a conduit. On peut donc affirmer tout au plus que le principe de la bonne foi se trouve *médiatement* à la base de l'institution de l'*estoppel*, en ce sens qu'il constitue le fondement de l'accord implicite dont un tribunal sanctionnera le caractère obligatoire, le cas échéant, par le biais procédural de l'*estoppel*.

On pourrait certes avancer, considérant que l'*estoppel* est une règle de la procédure probatoire en vertu de laquelle une Partie qui a déterminé chez son adversaire une certaine conception des faits ne peut ensuite administrer la preuve que ces faits ont une matérialité différente, est juridiquement empêchée d'essayer d'établir une « vérité » différente, que le principe de la bonne foi domine l'administration de la preuve par le biais de l'institution de l'*estoppel* ^{226 bis} et constitue par conséquent le fondement même de cette institution qui vise essentiellement à protéger un plaideur.

107. Théorie de la responsabilité internationale. — Selon certains auteurs, on pourrait considérer que l'*estoppel* s'inscrit dans la théorie générale de la responsabilité internationale ²²⁷. Ainsi, J.-C. Witenberg a fait observer :

« ...de toutes les formes que revêt l'*estoppel* se déduisent, comme principes communs, d'une part la responsabilité des apparences créées, d'autre part l'obligation pour celui qui agit d'assumer le risque des réactions que son activité a pu normalement provoquer chez autrui » ²²⁸,

et D.W. Bowett, citant ce passage de Witenberg, a souligné :

« ...It is possible to construe the estoppel as resting upon a responsibility incurred by the party making the statement for having created an appearance of fact, or as a necessary assumption of the risk of another party acting upon the statement » ²²⁹,

en s'empressant toutefois d'ajouter :

« In essentials, however, the principle of good faith lies behind the responsibility and the risk. It is this principle of good faith which gives rise to the term 'equitable estoppel' to describe this form of estoppel... » ²³⁰.

²²⁶. *Infra*, par. 108, pp. 307-315.

^{226 bis}. Ce sont les vues avancées par Zoller, *op. cit.*, par. 156, p. 139. Cet auteur considère cependant à juste titre, au terme d'une analyse très élaborée à laquelle on ne peut souscrire entièrement (*ibid.*, par. 293-307), que la bonne foi n'est pas le fondement juridique de l'*estoppel* mais une condition essentielle de sa mise en œuvre, en ce sens que « juridiquement, en matière d'*estoppel* le problème de la bonne foi ne se pose qu'au regard de la victime » (*ibid.*, par. 308, p. 294), que « L'*estoppel* ne sanctionne pas un manquement à la bonne foi, mais protège la bonne foi de la victime » (*ibid.*, par. 311, p. 296, note omise).

²²⁷. Cf. notamment Witenberg, *Estoppel*, p. 533, Bowett, *Estoppel*, p. 184, Bentz, *op. cit.*, p. 90, Barale, *op. cit.*, pp. 422 *in fine*, 424 *in fine* - 427. Voir également l'analyse critique de Vallée, *Estoppel*, pp. 985-986.

²²⁸. Witenberg, *loc. cit.*

²²⁹. Bowett, *loc. cit.*

²³⁰. *Ibid.*

Il est clair que le dommage qui serait causé à la Partie qui a agi, ou s'est abstenue d'agir, sur la foi d'une certaine représentation des choses, ou l'avantage dont bénéficierait l'auteur de cette représentation, si la situation créée était remise en question, peut conduire à rattacher l'*estoppel*, qui s'oppose à cela, au régime de la responsabilité²³¹. Cette thèse soulève cependant, au plan international, des objections similaires à celles que l'on a analysées dans la première Partie, en s'inspirant de certains auteurs, s'agissant du fondement juridique de l'*estoppel by representation* anglais²³². Il s'avère en effet que l'*estoppel* strictement défini que le droit des gens a retenu est une règle de la procédure probatoire²³³ qui se situe en dehors du droit de la responsabilité. Il n'intervient que comme un moyen de défense et ne doit pas être confondu, par conséquent, avec les actions en responsabilité que peuvent entraîner une *misrepresentation*, c'est-à-dire une présentation erronée des faits (intentionnelle ou non intentionnelle)²³⁴, ou le silence ou l'inaction d'une Partie lorsqu'il existait pour celle-ci un devoir de parler ou d'agir.

On peut se rallier, de façon générale, aux intéressantes observations que Charles Vallée a présentées sur ce point dans son étude sur l'*estoppel* en droit des gens :

« ... s'il est vrai que l'attitude d'un Etat constitutive d'un *estoppel* ou l'attitude, passive le plus souvent, entraînant acquiescement peuvent être génératrices d'une responsabilité internationale, il n'en sera ainsi que si cette attitude peut, elle-même, être considérée comme un 'fait internationalement illicite'. Or, d'une part, cette exigence objectiviste d'un 'fait internationalement illicite' ne sera pas toujours satisfaite, ni dans le cas de l'*estoppel*, ni dans le cas de l'acquiescement. D'autre part, et surtout, il ne faut ... pas perdre de vue que ce n'est ni l'*estoppel* ni l'acquiescement qui, en tant que tels, sont susceptibles d'être des faits internationalement illicites, mais bien les attitudes génératrices de l'un ou de l'autre. »²³⁵

108. Théorie de l'accord implicite. — On a constaté que nombre de juristes anglais donnent à l'évidence une base contractuelle à l'*estoppel by representation* de la *common law* ; considérant en effet que la personne qui a émis une *representation* de façon claire et non équivoque et la personne qui a agi, ou s'est abstenue d'agir, et a modifié sa position sur la foi de cette *representation* ont manifesté l'une et l'autre leur intention de la tenir pour vraie, ils en infèrent un engagement conventionnel ; ils estiment en d'autres termes, en présumant de façon irréfragable l'existence d'un contrat implicite entre l'auteur et le destinataire de la *representation*, que l'on peut

231. Cf. Bentz, *loc. cit.*

232. Cf. *supra*, par. 16, al. b, p. 38.

233. Cf. *supra*, par. 89, pp. 260-271.

234. Voir les indications terminologiques données *supra*, p. 18, note 52.

235. Vallée, *Estoppel*, p. 986 (notes omises).

doter les faits qui sont l'objet de cette *representation* d'une valeur de vérité conventionnelle, donc intangible, d'où résulte l'interdiction (*estoppel*) de venir les contredire²³⁶. Ils insistent cependant à juste titre sur la distinction qui s'impose en la matière entre l'*estoppel*, simple moyen de défense, et la *representation* qui lui donne naissance et qui peut, elle, constituer le fondement d'une action en justice parce qu'elle est la source d'un engagement contractuel, cause comme telle d'une action contractuelle en exécution, et ils indiquent que l'*estoppel*, règle se rapportant à l'admissibilité des preuves, permet uniquement à celui qui l'invoque d'empêcher l'auteur de la *representation* de venir contester en cours d'instance les faits qui se trouvent à la base de celle-ci, et, par voie de conséquence, le lien contractuel qui s'est établi²³⁷.

Cette thèse, qui revient à analyser toutes les situations d'*estoppel* comme des situations quasi conventionnelles, peut apparaître comme une fiction juridique difficile à admettre, et elle a soulevé de vives objections^{237 bis}. Elle mérite cependant la plus grande attention et doit être examinée avec soin. Impliquant en effet que l'*estoppel* pré-suppose l'existence d'un « accord implicite » entre deux sujets de droit, elle conduit le chercheur à vérifier si le droit des gens admet l'existence d'accords de ce type et à se pencher, par conséquent, sur certains aspects de la théorie de l'acte juridique en droit international. Il convient de tenir dûment compte à ce sujet des observations fort pertinentes avancées ces dernières années par différents auteurs, et, en particulier, de l'excellente analyse de Jean-Paul Jacqué dans son ouvrage intitulé *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*²³⁸.

Parmi les actes juridiques internationaux, une distinction fondamentale est généralement établie entre les actes conventionnels et les actes juridiques unilatéraux²³⁹. Selon l'heureuse formule de Jacqué, le critère qui préside à cette classification est double, à la fois formel et matériel : au point de vue formel, l'acte unilatéral apparaît comme une manifestation de volonté imputable à un seul sujet de droit international tandis que l'accord résulte de la rencontre de volontés concordantes de plusieurs sujets de droit international ; au point de vue matériel, l'acte unilatéral se présente comme un acte qui crée des normes applicables à des sujets de droit autres que les auteurs de l'acte tandis que l'accord donne naissance à des normes

236. Cf. *supra*, par. 16, al. c, p. 39 (en particulier les citations reproduites en notes 166 et 167).

237. Voir les remarques présentées à ce sujet par les auteurs mentionnés *supra*, p. 18, note 53.

237 bis. Cf. en particulier Zoller, *op. cit.*, par. 302-306, pp. 283-290.

238. Jacqué, *op. cit.*, et les auteurs mentionnés dans les notes du présent paragraphe.

239. Cf. Jacqué, *op. cit.*, p. 310 et ss. — Troisième Partie de son étude, intitulée « Classification des actes juridiques », où il procède à un examen approfondi de l'acte unilatéral et de l'acte conventionnel, de même que des « actes mixtes » (« situations dans lesquelles un acte conventionnel peut créer des normes à la charge de tiers qui n'ont pas participé à son élaboration »).

applicables aux Parties ²⁴⁰. Mais, comme plusieurs publicistes l'ont souligné, il est à vrai dire souvent difficile d'établir, dans la vie inter-étatique, une distinction claire entre ces deux types d'actes juridiques ²⁴¹. Sans vouloir pousser jusqu'à l'extrême le consensualisme en droit international public, on peut affirmer que, dans la plupart des cas, l'acte est formellement unilatéral mais doit rencontrer un autre acte de la même qualité pour produire des effets juridiques. Pris séparément, ces actes n'ont donc aucun effet juridique, car le droit ne rattache au premier que des effets virtuels, c'est-à-dire sous condition qu'il rencontre une acte correspondant destiné à le compléter. En d'autres termes, l'effet juridique ne découle pas directement de l'un ou l'autre de ces actes, mais de l'acte résultant de leur rencontre, de leur concordance — de sorte que l'on se trouve face à une situation contractuelle.

Il est évident que l'acte unilatéral d'une Partie n'est pris en considération au titre de l'*estoppel* que s'il est engagé dans un mécanisme de caractère conventionnel : une autre Partie a dû, se fiant à la représentation des faits qui découlait de cet acte, agir, ou s'abstenir d'agir, de telle sorte qu'il en est résulté une modification dans les positions relatives de ces deux Parties. On peut rappeler à ce sujet le célèbre *dictum* d'un juge anglais, que l'on a cité en analysant la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law* :

« ... When a person makes to another the representation : 'I take upon myself to say that such and such things do exist, and you may act upon the basis that they do exist,' and the other man does really act upon that basis, it seems to me it is of the very essence of justice that, between those two parties, their rights should be regulated, not by the real state of the facts, but by that *conventional state of facts*, which the two parties agreed to make the basis of their action. » ²⁴²

On peut reproduire également le passage suivant, tiré de *Halsbury's Laws of England* :

« A maxim which is stated by the old writers as applicable to estoppels generally is that they 'ought to be mutual' or 'reciprocal', which means that they must bind both parties, and that a stranger can neither take advantage nor be bound by them ... In the case of estoppel by representation, arising as it does out of a unilateral act, while it is true that a stranger to the representation cannot take advantage of it, the maxim has no further application, until, at least, the party relying on the representation has elected to treat it as true, after which it would seem, upon the principle expressed by it, that he would be conclusively bound by his election. » ²⁴³

240. *Ibid.*, p. 320.

241. Cf. notamment Venturini, *op. cit.*, *passim*, Barale, *op. cit.*, p. 416, Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 137-138, al. d. Virally, « The Sources of International Law », p. 155, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 50-51, 77-78, 116-118.

242. Cf. *supra*, p. 39, note 167 (nos italiques).

243. *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 15, par. 343, p. 174.

Quelques internationalistes ont présenté des observations similaires en ce qui concerne l'*estoppel* en droit des gens. Par exemple, J.-C. Witenberg a fait observer :

« ... L'*estoppel*, nous dira Black, 'shuts a man's mouth from speaking the truth'. Ainsi l'attitude adoptée par une partie peut lui fermer le droit à la preuve. La pertinence, la 'relevancy' des faits dont elle pourrait offrir la preuve sera limitée par ses agissements antérieurs. Tout aussi limitée que si les faits qu'elle entendait contester avaient été reconnus par voie de convention. *La représentation donnée à autrui d'une part, la confiance d'autrui en la représentation reçue, d'autre part, constituent un accord tacite contre les données duquel aucune preuve ne sera admissible.* Cet accord tacite, fondé sur la nécessité de la confiance réciproque entre les Etats, va engendrer la non-pertinence, l' 'irrelevancy' de toute preuve contraire... » ²⁴⁴,

et Suzanne Bastid, on l'a vu, s'est entièrement ralliée à ces vues ²⁴⁵. D.W. Bowet a souligné quant à lui :

« ... The advantage of one party or detriment to the other is the 'consideration', to use an English term of contract law, which binds the parties... » ²⁴⁶.

Jack Lang a estimé pour sa part, se référant aux arrêts rendus par la Cour de La Haye dans l'*affaire des emprunts serbes*, l'*affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires)* et les *affaires du plateau continental de la mer du Nord* ²⁴⁷, que cette haute instance a envisagé l'*estoppel* dans chacun de ces cas comme un « mode spécial d'établissement d'un rapport conventionnel » ²⁴⁸, et Charles Vallée a déclaré souscrire à cette analyse ²⁴⁹.

On peut considérer que ces différents auteurs ont souligné clairement le rôle que l'*estoppel* — décrit comme une règle se rapportant à l'admissibilité des preuves ou, plus largement, comme une règle de fond — est appelé à jouer dans le cadre de la théorie de l'acte juridique en droit international public, et ont rejoint par là les vues exprimées par les autorités britanniques précitées au sujet de l'*estoppel by representation* du droit anglais. Ce rôle spécifique de l'*estoppel* soulève cependant de délicates questions.

Il convient de porter l'attention en premier lieu sur la distinction que le système juridique international opère, comme les systèmes de droit interne, entre les *faits juridiques* et les *actes juridiques*. On peut dire en substance — en s'inspirant d'indications données par

244. Witenberg, *Théorie des preuves*, p. 28 (nos italiques).

245. Cf. *supra*, p. 184.

246. Bowett, *Estoppel*, p. 193.

247. Ces affaires sont présentées *supra*, respectivement pp. 147-151, 157-165, 165-172.

248. Cf. Lang, *op. cit.*, pp. 55-60.

249. Cf. Vallée, *Estoppel*, pp. 971-972.

certaines auteurs, mais sans entrer dans le détail de leur analyse²⁵⁰ — que le fait juridique s'entend d'un fait quelconque que le droit international prend en considération pour y rattacher des effets juridiques ; c'est donc par l'intervention d'une norme de droit international qu'un fait — ayant à son origine un phénomène naturel ou trouvant sa source dans un comportement humain — devient un fait juridique international²⁵¹. Contrairement aux « faits juridiques », qui entraînent simplement l'application de normes juridiques existantes, les « actes juridiques » sont, en vertu du droit, créateurs de droits et d'obligations, c'est-à-dire de normes juridiques nouvelles²⁵². Ils impliquent — on l'a déjà dit — une manifestation de volonté émanant d'un ou de plusieurs sujets de droit international et destinée à créer une norme à laquelle le droit international rattache des effets juridiques correspondant à la volonté exprimée²⁵³. Ils se distinguent par conséquent aisément des faits juridiques car, comme Jacqué le souligne : « Bien que l'on puisse dire, d'une manière précise, que faits et actes juridiques produisent des conséquences juridiques, il ne peut y avoir acte juridique sans manifestation de volonté d'un sujet de droit international. Dans l'acte, c'est la volonté qui détermine la portée de la norme créée, tandis que le fait entraîne l'application mécanique d'une norme »²⁵⁴. Il appert, certes, qu'un fait juridique peut consister en un fait volontaire, en un acte intentionnel, mais il demeure un *fait* juridique en ce sens qu'une règle de droit lui attache des effets juridiques tout à fait indépendants de la volonté qui s'est manifestée (ce sera le cas, par exemple, pour les actes illicites)²⁵⁵. L'acte juridique au contraire — comme l'a noté Michel Virally — « est posé par son auteur en vue de faire naître une certaine situation juridique, de produire un certain état de droit : c'est que, précisément, il est pris dans l'exercice d'un droit-pouvoir »²⁵⁶. Les titu-

250. Notamment Gaetano Morelli, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1956, vol. I, pp. 584-601, Virally, *La pensée juridique*, pp. 15, 92-96, Suy, *op. cit.*, pp. 16-25, Paul Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit* (Paris : L.G.D.J., 1964), p. 101 et ss., Morand, *op. cit.*, pp. 32-38, Jacqué, *op. cit.*, pp. 185-226.

251. Morelli, *op. cit.*, pp. 584-587, Suy, *op. cit.*, pp. 18-22, Jacqué, *op. cit.*, pp. 189-193, parlent de « faits juridiques naturels » et de « faits juridiques humains » et donnent des exemples. Morelli et Suy distinguent encore, parmi les faits humains, les « faits juridiques non subjectifs » (c'est-à-dire non imputés par le droit international à un Etat ou à un autre sujet de droit international) et les « faits juridiques subjectifs » (c'est-à-dire imputés par le droit international à un Etat ou à un autre sujet de droit international).

252. Cf. Morand, *op. cit.*, p. 36, Jacqué, *op. cit.*, p. 189.

253. Cf. *supra*, p. 205.

254. Jacqué, *op. cit.*, p. 193.

255. Cf. Virally, *La pensée juridique*, p. 93, qui écrit : « Normalement, les conséquences juridiques attachées à un acte par la norme juridique se produisent sans aucune intervention de la volonté. Il en est ainsi même s'il s'agit d'un acte intentionnel. Par exemple, un meurtre ou un vol rendent leur auteur passible d'une peine : cet effet de droit est évidemment tout à fait indépendant de la volonté qui s'est manifestée dans l'intention de donner la mort ou de s'approprier le bien d'autrui. Encore que, bien entendu, cette intention revête une importance capitale dans la qualification du délit. » Dans le même sens : Suy, *op. cit.*, pp. 18-19.

256. Virally, *La pensée juridique*, p. 93 (note omise).

lares de ce droit-pouvoir ont donc la faculté de créer, de modifier ou d'éteindre des droits et des obligations conformément à leur propre volonté — étant entendu que cette compétence normatrice ne peut s'exercer que dans les limites et conformément aux conditions fixées par la règle générale (norme supérieure) qui l'a établie ²⁵⁷.

Cela étant, et sans qu'il y ait lieu de se pencher ici sur le problème largement débattu de la correspondance qui doit exister entre la ou les manifestations de volonté et les effets juridiques de l'acte établi ²⁵⁸, il importe de vérifier si, pour que cet acte puisse être qualifié d'acte juridique, la volonté prise en considération doit nécessairement résulter d'une déclaration expresse, ou si elle peut être déduite également de simples comportements imputables à des sujets de droit international. En d'autres termes, s'il est clair qu'une manifestation de volonté expresse, même unilatérale, peut donner naissance à un acte juridique international, peut-on voir dans certains comportements des Etats ou d'autres sujets de droit international, en l'absence de toute déclaration expresse, une manifestation de volonté constitutive d'un acte juridique international? Le droit des gens tient-il compte de manifestations de volonté implicites? Cette question revêt une importance particulière en ce qui concerne le bien-fondé de la thèse selon laquelle l'*estoppel*, règle procédurale se rapportant à l'admissibilité des preuves, permet aux tribunaux internationaux, si ses différents éléments constitutifs sont réunis, de sanctionner la force obligatoire d'un accord bilatéral implicite.

Dans sa remarquable étude, Jacqué constate — analysant de manière approfondie la jurisprudence internationale et se référant à divers auteurs — que le juge international prend en considération des comportements actifs ou passifs des Etats et leur attache certaines conséquences juridiques ²⁵⁹. Soulignant que ces comportements « pénètrent dans l'univers normatif et créent des droits et des obligations » ²⁶⁰, il se demande s'il est loisible, dans ces circonstances, de les assimiler à des actes juridiques, et il affirme qu'une telle assimilation n'est possible qu'à la condition que le comportement traduise une manifestation de volonté d'un sujet de droit international. Il observe alors que le juge interprète souvent les comportements d'un Etat comme une manifestation de volonté, note qu'aucun auteur ne conteste que des comportements positifs puissent constituer une manifestation implicite de volonté mais que quelques commenta-

257. *Ibid.*, pp. 92-94, qui écrit notamment (pp. 93 *in fine* - 94) : « ... dans l'acte juridique, ce qui n'est pas directement déterminé par la norme l'est par l'auteur de l'acte, au moins dans les limites qu'elle a posées. Ainsi, la loi confère aux particuliers le pouvoir de passer des contrats, générateurs de droits et d'obligations pour leurs signataires. En même temps, elle décide comment ces contrats devront être établis et appliqués. Mais le contenu des droits et obligations à créer est laissé à la discrétion des parties, sous réserve de respecter la loi et les bonnes mœurs. »

258. Voir notamment Morelli, *op. cit.*, pp. 587-588, Suy, *op. cit.*, pp. 22-23, Morand, *op. cit.*, pp. 36-37.

259. Jacqué, *op. cit.*, pp. 210-226.

260. *Ibid.*, pp. 218 *in fine* - 219.

teurs estiment que le silence ne saurait en aucun cas être considéré comme une manifestation de volonté, et il fait remarquer à juste titre à ce dernier égard que « Dans la plupart des cas, le silence exprime plus qu'une attitude purement passive, un assentiment tacite. Il est alors une manifestation de volonté créatrice »²⁶¹. Il parvient en conséquence à la conclusion que de nombreux comportements manifestent implicitement la volonté de l'Etat, et il déclare notamment (après s'être prononcé sur la question de l'imputabilité de ces comportements à un organe habilité à engager le sujet de droit international qu'il représente²⁶²) :

« Ainsi, un ensemble de comportements imputables à un sujet de droit international peut constituer une manifestation implicite de volonté et donner naissance à une norme internationale. Il s'agira alors d'un acte juridique.

A côté des actes issus de déclarations de volonté, on trouve des actes juridiques 'implicites'. Ces actes peuvent être des actes unilatéraux ou des accords internationaux... »²⁶³.

On a déjà souligné que le caractère non formaliste du droit international est généralement admis, et constaté qu'un examen de la pratique internationale permet d'affirmer qu'une représentation des choses susceptible d'entraîner l'effet de l'*estoppel* peut découler aussi bien de l'acte positif d'une Partie (c'est-à-dire de son langage écrit ou parlé et, de façon plus générale, de sa conduite ou de son comportement actifs) que, dans certaines conditions, de son attitude purement passive (à savoir de son silence, de son inaction ou de sa négligence, lorsqu'il existait pour elle un devoir de parler ou de faire)²⁶⁴. Mais peut-on considérer que ces comportements actifs ou passifs qui ont incité une autre Partie à agir, ou à s'abstenir d'agir, de telle sorte qu'il en est résulté une modification dans les positions relatives de ces deux Parties, constituent une manifestation de volonté destinée à créer une norme, s'inscrivent dans un mécanisme de nature conventionnelle ?

Comme on l'a vu en étudiant les éléments constitutifs de l'*estoppel* en droit des gens, on n'analyse pas dans un tel cas la volonté réelle de l'auteur de l'acte d'où découlait la représentation des choses alléguée, mais on s'attache essentiellement à rechercher si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, la Partie qui recourt à l'*estoppel* pouvait, raisonnablement et de bonne foi, croire à l'exactitude de cette représentation et penser que celui dont elle émanait voulait qu'elle agît, ou s'abstint d'agir, comme elle l'a fait en se fondant sur elle²⁶⁵. On ne prend donc en considération que les aspects « objectifs » de l'acte d'une Partie afin de déterminer si une autre

261. *Ibid.*, p. 221 *in fine*.

262. *Ibid.*, pp. 224-226. Et voir les observations que l'on a présentées à ce propos, *supra*, par. 94, pp. 276-286.

263. Jacqué, *op. cit.*, p. 226.

264. Cf. *supra*, par. 92, pp. 274-275.

265. Cf. *supra*, par. 97-98, pp. 289-293.

Partie a pu raisonnablement se fier à l'intention qui semblait s'en dégager. Peu importe la volonté réelle de l'auteur de l'acte, ce qui compte ce sont les conclusions qu'une autre Partie a pu légitimement tirer de cet acte. On se trouve, en d'autres termes, face à une manifestation implicite — ou tacite — de volonté : la volonté ne résulte pas de déclarations expresses adressées par une Partie à une autre Partie dans un but donné, mais d'actes imputables à une Partie, quelle qu'ait été sa volonté réelle, dont une autre Partie a pu déduire, d'après toutes les circonstances, l'existence chez leur auteur de la volonté de s'obliger juridiquement, de contracter. Il faut par conséquent, pour qu'il y ait situation d'*estoppel*, qu'une Partie ait suscité par son attitude dans l'esprit de son partenaire l'idée, justifiée par les circonstances, qu'une déclaration de volonté lui était adressée.

Ces considérations ne vont pas sans rappeler celles que l'on a présentées en analysant le « principe de la confiance » du droit suisse²⁶⁶ qui — comme Robert Patry l'a souligné — domine entièrement le problème de la formation et de l'interprétation du contrat en droit suisse²⁶⁷, et selon lequel — pour citer à nouveau l'excellente formule de Walter Yung — « le sens juridiquement déterminant de toute manifestation de volonté adressée à autrui est celui que le destinataire peut et doit lui attribuer de bonne foi ... L'ordre juridique ne substitue pas une volonté fictive du déclarant à sa volonté réelle, mais jugeant que l'intérêt du destinataire de la déclaration mérite d'être protégé dans la mesure où ce destinataire se comporte en homme raisonnable et de bonne foi, il donne délibérément effet, non à la volonté réelle du déclarant, mais à ce que le destinataire de la déclaration est fondé à considérer comme la volonté réelle du déclarant »²⁶⁸. Des remarques similaires s'imposent également, on l'a vu, en ce qui concerne certains aspects de la « théorie de l'apparence » du droit français et de l'application de la doctrine du *Non concedit venire contra factum proprium* en droit allemand²⁶⁹.

Comme Michel Virally l'a écrit, « l'apparence peut jouer un rôle important et provoquer la confusion dans la vie juridique »²⁷⁰, et l'on peut dire qu'il existe une tendance générale du droit privé moderne à sanctionner dans certaines circonstances, à l'aide de diverses institutions juridiques rigoureusement établies, la force obligatoire d'accords implicites (ou tacites) nés de la situation apparente qu'une Partie a laissé se créer et qui a conduit une autre Partie, s'y fiant, à agir, ou à s'abstenir d'agir, et à modifier sa position. Une étude de la pratique et de la doctrine internationales permet d'affirmer que le droit des gens s'est inspiré directement à cet égard de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common*

266. Cf. *supra*, pp. 233-236.

267. Patry, *op. cit.*, notamment p. 16 et p. 259 et ss.

268. Références données *supra*, p. 234, note 736.

269. Cf. *supra*, respectivement pp. 236-237 et pp. 237-239.

270. Virally, *La pensée juridique*, p. 96.

law. Il paraît approprié de mentionner une fois de plus dans ce contexte les intéressantes observations que sir Gerald Fitzmaurice, juge de la majorité, a avancées dans l'*affaire du temple de Préah Vihéar* au sujet du rôle exact que l'*estoppel* strictement défini est appelé à jouer, en tant que moyen de défense, dans la procédure internationale :

« ... Such a plea is essentially a means of excluding a denial that might be *correct* — irrespective of its correctness. It prevents the assertion of what might in fact be *true*. Its use must in consequence be subject to certain limitations. The real field of operation, therefore, of the rule of preclusion or estoppel, *stricto sensu*, in the present context, is where it is possible that the party concerned did not give the undertaking or accept the obligation (or there is room for doubt whether it did), but where the party's subsequent conduct has been such, and has had such consequences, that it cannot be allowed to deny the existence of an undertaking, or that it is bound. » ²⁷¹

On peut citer aussi les remarques fort pertinentes que Paul De Visscher a présentées au sujet de l'arrêt que la C.I.J. a rendu dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord* :

« ... Le principe de la bonne foi qui commande d'admettre la conclusion d'accords tacites commande également de ne pas les admettre trop aisément. Au plan de l'*estoppel*, l'arrêt de la Cour confirme donc cette idée que les comportements doivent se peser *in concreto* et ne peuvent être invoqués que par les seuls Etats qui, s'y étant légitimement fiés, auraient été amenés 'à modifier leur position à leur détriment ou à subir un préjudice quelconque'. » ²⁷²

271. C.I.J. Recueil 1962, p. 63.

272. P. De Visscher, *op. cit.*, p. 83.

CHAPITRE IV

MISE EN ŒUVRE DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

109. Observations générales. — On a indiqué, en étudiant la mise en œuvre de l'*estoppel* en droit anglais, qu'une Partie à un litige ne peut utiliser ce moyen qu'une fois le litige porté devant un tribunal, au moment où son adversaire présente des allégations ou des prétentions nouvelles qui contredisent, modifient ou infirment sur un point essentiel une *representation* qu'il a émise antérieurement²⁷³. L'*estoppel by representation* opère donc uniquement dans le cadre de la procédure judiciaire ou arbitrale.

Les mêmes remarques paraissent s'imposer en droit des gens, s'agissant de la mise en œuvre de l'*estoppel* strictement défini. En effet, ainsi que des plaideurs et des tribunaux internationaux l'ont noté à juste titre, l'*estoppel* intervient comme un moyen de défense (exception d'irrecevabilité, fin de non-recevoir) visant à empêcher la preuve de certains faits et revêt donc un caractère essentiellement procédural²⁷⁴. Certains auteurs se sont aussi clairement exprimés dans ce sens. J.C. Witenberg a souligné :

« L'«estoppel» est une irrecevabilité ou un empêchement légal d'alléguer ou de nier un certain état de fait à raison d'une négation ou d'une allégation premières ou d'une attitude antérieure ... Il est interdit à la personne «estopped» de protester contre un fait ou un état de fait ou d'offrir des preuves contraires. »²⁷⁵

Paul Guggenheim a affirmé :

« ...L'estoppel est ... une exception d'irrecevabilité opposable à toute allégation qui, bien que peut-être conforme à la réalité des faits, n'en est pas moins inadmissible parce que contraire à une attitude antérieurement adoptée par la partie qui l'avance. »²⁷⁶

Mohieddine Mabrouk a déclaré :

« L'estoppel est un moyen d'irrecevabilité (ou une fin de non-

273. Cf. *supra*, par. 17, pp. 39 *in fine* - 40.

274. Cf. *supra*, par. 89, pp. 260-271.

275. Witenberg, *Théorie des preuves*, p. 27 (note omise).

276. Cf. *supra*, pp. 183 *in fine* - 184.

recevoir) s'opposant, d'une façon péremptoire, à ce qu'une partie, par une sorte de volte-face, contredise ce qu'elle a, auparavant, dit ou fait, même tacitement. » ²⁷⁷

Christian Dominicé est parvenu quant à lui à la conclusion suivante :

« ... C'est donc, en définitive, une vérité possible qu'un Etat n'est plus admis à établir, dont il ne peut plus se réclamer, de sorte que nous nous trouvons en principe dans le domaine des irrecevabilités judiciaires. » ²⁷⁸

Mais on a vu qu'en droit anglais, tout au moins depuis la promulgation des *Judicature Acts* de 1873 et 1875, l'*estoppel by representation* doit être invoqué par une Partie dès que l'occasion s'en présente en cours de procédure, c'est-à-dire dès que la Partie adverse revient sur l'une de ses *representations* antérieures en émettant une *representation* différente se rapportant aux mêmes faits, en essayant par conséquent d'établir une autre « vérité », et l'on a noté qu'une Partie qui omet d'utiliser ce moyen en temps voulu peut être déclarée déchue du droit d'y recourir dans une phase ultérieure de la procédure ²⁷⁹. On ne rencontre pas d'indications aussi précises sur ce point dans la jurisprudence et la doctrine internationales. D'après ce que l'on a pu constater, seul sir Percy Spender a présenté quelques observations de ce type dans son opinion dissidente dans l'*affaire du temple de Préah Vihear*, en affirmant — s'inspirant manifestement de la théorie anglaise de l'*estoppel by representation* — que la question de la « forclusion » (c'est-à-dire de l'*estoppel*) n'avait pas été soulevée par le Cambodge dans sa requête mais au cours de la procédure orale, qu'elle avait donc occupé une place nettement subordonnée dans la présentation de la demande cambodgienne et que « If a State claims it has been prejudiced by the conduct of another State in circumstances which prevent that other State from legally contesting what otherwise is an important fact or situation and fails to raise the issue of preclusion in any way until very late in the day, that is a circumstance which cannot be disregarded. It bears upon whether there is any substance in the claim. » ²⁸⁰. Ces intéressantes remarques, qui n'ont pas retenu jusqu'ici l'attention des auteurs qui ont étudié l'*estoppel* en droit des gens ²⁸¹, doivent être prises en considération et nécessitent que l'on se penche sur certains aspects du droit procédural des tribunaux internationaux.

277. Mabrouk, *op. cit.*, p. 107.

278. Dominicé, *Estoppel*, p. 365.

279. Cf. *supra*, par. 17, pp. 39-41.

280. Cf. *supra*, pp. 137 *in fine*.

281. Voir cependant Verzijl, *Preah Vihear*, p. 262, qui souligne que sir Percy Spender a rappelé « *the significant fact that the question of preclusion was raised by Cambodia only very late in the proceedings and occupied a distinctly subordinate place in the presentation of her claim* » (nos italiques).

110. Procédure. — L'*estoppel* strictement défini, qui permet à une Partie à un procès de s'opposer à ce que son adversaire dénie devant le tribunal ce qu'il a précédemment allégué comme étant vrai en essayant d'établir l'existence d'un état de fait différent, en apportant des preuves contraires, constitue de toute évidence un moyen de défense. Il est clair, par conséquent, que les règles procédurales qui régissent sa mise en œuvre dépendent de la qualification de ce moyen de défense — étant entendu que c'est aux tribunaux, et non aux Parties, qu'il appartient de donner aux moyens de défense leur qualification définitive²⁸².

On peut relever de façon générale — sans qu'il y ait lieu de procéder ici à une analyse détaillée de cette question²⁸³ — que les moyens de défense dont il est fait usage devant les tribunaux internationaux se rapprochent de ceux dont disposent les Parties dans les différents droits judiciaires étatiques et que leur mise en œuvre revêt les formes bien connues de l'exception préliminaire d'incompétence ou d'irrecevabilité, de la défense au fond et de la demande reconventionnelle²⁸⁴. Comme on l'a constaté, des internationalistes d'expression française ont souvent décrit l'*estoppel* comme une « exception », une « exception d'irrecevabilité », une « objection péremptoire », un « empêchement légal », ou encore une « fin de non-recevoir »²⁸⁵, s'inspirant manifestement de la terminologie procédurale de leur droit national pour traduire le terme de *plea*, utilisé parfois par les juristes de formation anglo-américaine pour définir la nature juridique de cette institution²⁸⁶. Dans la terminologie juridique française, l'expression « exception » s'entend, dans un sens large, de « tous les moyens de forme ou de fond opposés par une partie à une demande en justice »²⁸⁷ et, dans un sens plus restreint, du « moyen par lequel le défendeur, sans s'attaquer ni au fond du droit, ni aux conditions de l'action, entend faire ajourner la discussion immédiate sur le fond même de la demande »²⁸⁸. Les fins de non-recevoir ont

282. Cf. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, p. 104.

283. Des indications précises sont données à ce sujet par, entre autres, Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, et Abi-Saab, *op. cit.*

284. Cf. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, p. 95.

285. Cf. notamment *supra*, par. 68, pp. 183-184.

286. Cf. notamment *supra*, p. 130 (affaire du temple de Préah Vihear, *Dissenting Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice*), p. 162 (affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires), arrêt). Si l'on se réfère à Aglion, *op. cit.*, p. 181, le *plea* se définit comme un « plaidoyer, notamment la réponse du défendeur ; porte également le titre de 'défense' ou 'statement of defense' en Angleterre, et 'answer' aux Etats-Unis ». Voir également Abi-Saab, *op. cit.*, p. 11.

287. Dalloz, *Nouveau Répertoire de droit*, *op. cit.*, vol. I, p. 473. Voir également Henry Solus et Roger Perrot, *Traité de droit judiciaire privé* (Paris, Sirey, 1961, 2 vol.), tome I, p. 281, n° 302.

288. Dalloz, *Nouveau Répertoire de droit*, *op. cit.*, p. 473, n° 2, qui souligne que c'est dans ce sens que le terme est généralement entendu dans le droit judiciaire française et précise (*ibid.*, n° 5) que deux règles fondamentales dominent le régime procédural de ces exceptions : elles doivent être présentées *in limine litis* et proposées selon un certain ordre. Les effets de l'administration d'une telle exception sont bien connus : le fond du droit du demandeur ne se trouve pas affecté par l'admission de l'exception et le demandeur peut, soit après un délai, soit après régularisation de la procédure, renouveler sa demande ou continuer l'instance (*ibid.*, p. 473, n° 10). Voir également Solus et Perrot, *op. cit.*, tome I, p. 284, n° 306.

été définies quant à elles comme des « moyens de défense par lesquels un plaideur, sans contester directement le droit allégué par son adversaire, s'oppose à la demande de ce dernier en la faisant déclarer irrecevable »²⁸⁹, et la jurisprudence et la doctrine françaises modernes semblent généralement parler de « fins de non-recevoir de procédure » pour désigner celles qui tendent à « faire écarter la demande parce que l'action n'a pas été exercée dans des conditions régulières du point de vue de la procédure »²⁹⁰ et de « fins de non-recevoir liées au fond » s'agissant de celles qui visent à « interdire de faire valoir le droit à propos duquel la demande est formée »²⁹¹ et qui constituent donc des moyens de nature mixte entre les défenses au fond et les exceptions au sens strict (exceptions préliminaires).

Un examen des pièces de la procédure écrite et orale soumises aux tribunaux internationaux permet de constater que des Parties ont fait appel à l'*estoppel* tantôt pour fonder un argument invoqué à l'appui d'une exception préliminaire d'irrecevabilité²⁹² ou pour opposer une fin de non-recevoir à une exception préliminaire d'incompétence ou d'irrecevabilité²⁹³, tantôt pour s'attaquer au fondement même d'un droit allégué par leur adversaire, pour contester l'existence de ce droit²⁹⁴. Dans ce dernier cas, qui a été le plus fréquent, l'*estoppel* a donc été utilisé comme une « défense au fond » ou plus exactement, selon la terminologie française qui semble des plus appropriées en la matière, comme une « fin de non-recevoir liée au fond ».

Il apparaît en substance, si l'on se réfère aux règlements de procédure établis sur le plan international — en particulier au Règlement

289. Dalloz, *Nouveau Répertoire de droit*, op. cit., p. 484, n° 173.

290. *Ibid.*, n° 175.

291. *Ibid.*

292. Ce fut notamment le cas dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)* — cf. *supra*, p. 157 et ss. Il paraît intéressant de citer à ce propos les remarques que Dargent, op. cit., p. 47, a présentées au sujet du rôle que l'institution anglaise de l'*estoppel by representation* est susceptible de jouer en cas de désistement d'action : « Si ... le plaideur se désistait dans des conditions telles qu'il puisse être présumé marquer par là son intention nette et inébranlable de renoncer définitivement à son droit d'action ou de défense (ce que nous appellerions un désistement d'action en droit français), il pourrait y avoir lieu à l'application du Principe de l'*Estoppel by Representation* : nous dirions alors que si un plaideur se conduisait de façon à faire croire à son adversaire qu'il entend abandonner ses droits d'action, de sorte que ledit adversaire puisse tenir cette apparence pour la vérité, et agisse à son propre détriment en considération de cette apparence, le plaideur qui a créé cette apparence sera *estopped* de contester son désistement, et considéré comme dépourvu du droit d'intenter à nouveau semblable action ».

293. Ce fut notamment le cas dans l'affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (cf. *supra*, p. 154 et ss.) et dans l'affaire *Nottebohm* (cf. *supra*, p. 107 et ss.).

294. Ce fut notamment le cas dans l'affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube (cf. *supra*, p. 93 et ss.), dans l'affaire du statut juridique du Groënland oriental (cf. *supra*, p. 96 et ss.), dans l'affaire du temple de Préah Vihear (cf. *supra*, p. 121 et ss.), dans l'affaire de la Guyane britannique (cf. *supra*, p. 140 et ss.), dans l'affaire des emprunts serbes (cf. *supra*, p. 147 et ss.) et dans l'affaire *Shufeldt* (cf. *supra*, p. 152 et ss.).

de la C.I.J.²⁹⁵ — et aux auteurs, que les exceptions préliminaires doivent être présentées avant toute défense au fond²⁹⁶ et que les défenses au fond peuvent être invoquées jusqu'à la clôture des débats²⁹⁷. Mais qu'en est-il des « fins de non-recevoir », au sujet desquelles les règlements de procédure internationaux ne donnent aucune indication ? Logiquement, tout permet de penser qu'elles doivent être invoquées dès que l'occasion s'en présente en cours de procédure et qu'une Partie qui omet d'utiliser ce moyen en temps voulu risque d'être déclarée déchu du droit d'y recourir dans une phase ultérieure de la procédure, si tant est qu'elle a paru acquiescer tout d'abord aux allégations de son adversaire. A cet égard, les remarques précitées de sir Percy Spender paraissent des plus fondées²⁹⁸ et l'on peut raisonnablement attendre d'un tribunal international qu'il se refuse à admettre une telle défense en pareille hypothèse.

Il est à signaler qu'en procédure internationale comme en procédure anglaise, aucune condition de forme particulière n'est imposée à l'invocation de l'*estoppel*. Une Partie à un procès peut donc se contenter d'exposer les faits et de déclarer son adversaire *estopped*, en raison de ces faits, d'avancer telle allégation ou de soutenir telle prétention, et l'on peut avancer qu'elle n'est même pas tenue de nommer ce moyen lorsqu'elle y recourt, pourvu qu'elle apporte la preuve de chacun de ses éléments constitutifs. Il en résulte, pour reprendre l'heureuse formule utilisée par Spencer Bower et Turner en ce qui concerne les juridictions anglaises, qu'un tribunal « will construe the pleading, however informal and unconventional it may be, as one of estoppel, if, looking at the substance rather than the form, it is satisfied that the pleader must have intended is as such »²⁹⁹.

295. Références données *supra*, p. 157, note 359.

296. Cf. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, p. 99, qui se réfère à l'article 62 du Règlement de la C.I.J. adopté le 6 mai 1946 (art. 67 du Règlement modifié le 10 mai 1972), en précisant que l'effet des exceptions préliminaires est de « suspendre la procédure sur le fond et de lui substituer une procédure nouvelle réduite à l'examen de l'exception et pour laquelle la Cour fixe termes et délais ». Voir également Abi-Saab, *op. cit.*, p. 213 et ss., qui note cependant à juste titre que « l'article 62, paragraphe 1, du Règlement subit une dérogation en ce qui concerne les exceptions préliminaires dont l'objet apparaît en cours d'instance. Ces exceptions ne peuvent en effet être prévues *in limine litis*. En l'absence d'une stipulation expresse envisageant ce cas, le principe de l'introduction *in limine litis* des exceptions préliminaires se traduit ici par l'exigence de les introduire 'immédiatement après que le droit de les opposer est né...' » (pp. 215 *in fine* - 216, note omise).

297. Cf. Ch. De Visscher, *Aspects récents du droit procédural*, p. 96.

298. Cf. *supra*, p. 317.

299. Cf. *supra*, p. 40, note 175.

CHAPITRE V

FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

111. Remarques introductives. — Comme on l'a constaté en étudiant l'*estoppel by representation* du droit anglais, la Partie à l'encontre de laquelle un tel *estoppel* est invoqué pourra éventuellement en éluder l'effet, à supposer que la Partie adverse ait réussi à en établir tous les éléments constitutifs, en lui opposant certaines « fins de non-recevoir » (ou « exceptions de nullité ») que l'on peut analyser — selon des auteurs tels que Spencer Bower et Turner — en cinq catégories : mauvaise foi du destinataire de la *representation* ; révocation de la *representation* par son auteur ; *fraud* et contrainte ; exception d'illégalité ; existence d'un *cross-estoppel* ³⁰⁰.

On ne rencontre à vrai dire aucune indication précise sur ce point dans la jurisprudence et la doctrine internationales. On pourrait sans doute relever qu'en de rares occasions, des plaideurs ont cherché à contester le bien-fondé de l'argument d'*estoppel* de leur adversaire en avançant des allégations que l'on pourrait qualifier de « fins de non-recevoir » opposées à cet *estoppel*, et que des tribunaux, ainsi que des juges dans leurs opinions jointes aux décisions, ont présenté parfois des observations que l'on pourrait également situer dans ce contexte — mais on ne saurait tirer de ces quelques indications éparses et sommaires un enseignement théorique certain ³⁰¹. Les mêmes remarques paraissent s'imposer en ce qui concerne la doctrine internationale ³⁰². Il est dès lors difficile de dresser en toute sûreté un tableau des fins de non-recevoir opposables à l'*estoppel* en droit des gens.

Il apparaît toutefois, si l'on admet que le droit international a repris à son compte les traits fondamentaux qui caractérisent l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law*, qu'une

300. Cf. *supra*, par. 18-23, pp. 41-44.

301. Voir les quelques exemples que l'on donne *infra*, par. 112, p. 323, par. 114, p. 326 et par. 116, p. 329.

302. Il est vrai que des auteurs tels que Bowett, *Estoppel*, pp. 190, 191, 197, et Menzel, *op. cit.*, p. 441, ont mis l'accent sur certains aspects de cette question. Pour sa part, Mabrouk, *op. cit.*, p. 111, a mentionné les différentes fins de non-recevoir opposables à l'*estoppel by representation* en droit anglais qu'ont énumérées des auteurs tels que Spencer Bower et Dargent, mais il s'est borné à les déclarer transposables de l'ordre interne à l'ordre international.

Partie à un différend international pourra valablement faire échec à l'*estoppel* invoqué à son encontre en lui opposant certaines fins de non-recevoir qui s'apparentent, en substance, à celles décrites par Spencer Bower et Turner. Et une telle vue des choses est corroborée, semble-t-il, si l'on place le fondement juridique de l'*estoppel* dans la théorie de l'accord implicite³⁰³ car, examinées de près, ces différentes fins de non-recevoir visent à écarter l'*estoppel* allégué en raison de la non-validité de la prétendue représentation des choses qui aurait conduit à l'établissement d'un rapport quasi contractuel entre les deux Parties en cause, et se rattachent donc au problème général de la validité et de la nullité des actes juridiques en droit international.

On se bornera, en raison du peu d'informations dont on dispose, à des considérations de caractère général. On tiendra dûment compte à cet égard des quelques indications que l'on trouve sur cette question dans la jurisprudence et la doctrine internationales, des commentaires de certains auteurs sur les fins de non-recevoir opposables à l'*estoppel by representation* anglais, et des observations d'internationalistes sur la validité et la nullité des actes juridiques internationaux.

112. A) La Partie qui recourt à l'*estoppel* avait ou aurait dû avoir connaissance de l'inexactitude ou de l'irrégularité de la représentation qui lui était faite. — Comme on l'a souligné en étudiant les éléments constitutifs de l'*estoppel* en droit des gens, une Partie qui recourt à l'*estoppel* ne saurait prétendre avoir agi, ou s'être abstenue d'agir, sur la foi d'une déclaration, d'un acte ou d'un comportement de son adversaire si elle savait ou croyait que la représentation des choses qui en découlait était fausse ou irrégulière³⁰⁴. La Partie à l'encontre de laquelle l'*estoppel* est soulevé pourra donc s'opposer à celui-ci et en éluder l'effet si elle arrive à prouver que le destinataire de la déclaration, de l'acte ou du comportement considéré avait eu, ou aurait dû avoir, connaissance ou était convaincu de la fausseté ou de l'irrégularité de la représentation qui lui était faite. On peut estimer, en s'inspirant de la théorie anglaise³⁰⁵, que cette fin de non-recevoir pourra être établie directement, à l'aide de documents, de témoignages, etc., ou résulter de présomptions — en particulier de la présomption que toute Partie à un rapport juridique est censée avoir eu connaissance de tous les faits de notoriété publique et de tous les usages ayant trait à ce rapport juridique, ou, dans certaines circonstances, que celui qui a eu connaissance de certains faits a également eu connaissance d'autres faits liés à ces premiers et propres à lui faire connaître l'inexactitude de la représentation à laquelle il prétend s'être fié, ou aurait dû s'informer plus amplement sur ces faits.

303. Cf. les considérations que l'on a présentées à ce sujet *supra*, par. 108, pp. 307-315.

304. Cf. *supra*, par. 98, p. 293.

305. Cf. *supra*, par. 19, p. 42.

On peut relever que, dans l'affaire *Flegenheimer*³⁰⁶, la Commission de conciliation italo-américaine a estimé ne pouvoir se rallier à l'argument que l'Italie avait fondé sur la « théorie de la nationalité apparente » (argument qu'elle interpréta comme fondé sur « la maxime *non concedit venire contra factum proprium* qui correspond à l'institution anglo-saxonne de l'*estoppel* »), selon lequel Flegenheimer avait fait constamment usage d'un passeport allemand, même après sa dénationalisation *ex autoritate* en Allemagne en 1940, et ne pouvait donc se prévaloir actuellement de la nationalité américaine pour bénéficier des avantages que le Traité de Paix avec l'Italie de 1947 garantit aux nationaux des Nations Unies, en affirmant notamment que le Ministère italien des changes et des devises avait, en 1941, autorisé le versement d'une certaine somme à Flengenheimer et à son frère en les qualifiant dans son autorisation de *Ebrei ex-germanici* et connaissait donc, à cette époque, le fait que Flegenheimer avait perdu la nationalité allemande³⁰⁷. On peut relever aussi que, dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*³⁰⁸, la Belgique s'est élevée contre l'*estoppel* que l'Espagne avait invoqué à l'appui de sa première exception préliminaire en donnant de façon très élaborée une certaine version des faits, soutenant en particulier : « Tous ces arguments se rattachent à des règles qui, elles-mêmes, supposent que la bonne foi de celui qui les invoque n'a pas été surprise. Or, le simple exposé des faits de la cause, et les pièces produites par le Gouvernement belge, démontrent à l'évidence que, dans cette affaire, l'attitude du Gouvernement espagnol depuis le début du litige et jusqu'à ce jour, n'est pas celle du 'plaideur de bonne foi'. Il n'hésite pas, en effet, à invoquer aujourd'hui l'équivoque qu'il aurait constatée en 1961 et qu'il s'abstient soigneusement de dissiper dans l'esprit de pouvoir l'exploiter ultérieurement pour se débarrasser d'un procès gênant. »³⁰⁹

113. B) Révocation par son auteur de la représentation de l'état de fait à laquelle celui qui recourt à l'*estoppel* prétend s'être fié³¹⁰. — La représentation d'un certain état de fait ne devenant irrévocable, aux fins de l'*estoppel*, qu'à partir du moment où elle a conduit son destinataire à agir, ou à s'abstenir d'agir, de façon à modifier sa position à son préjudice ou à l'avantage de l'auteur de cette représentation, il est évident que ce dernier pourra valablement s'opposer à l'*estoppel* allégué s'il parvient à démontrer qu'il avait

306. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 87 *in fine* - 89.

307. Cf. A.S.D.I. 1961, pp. 214 *in fine* - 215.

308. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 157-165.

309. C.I.J. *Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)*, vol. I, *Observations et conclusions du Gouvernement belge*, p. 45.

310. On s'inspire uniquement ici des remarques que l'on a présentées sur ce point dans la première Partie, *supra*, p. 42, vu l'inexistence d'indications dans la jurisprudence et la doctrine internationales, — hormis, et très brièvement, chez Mabrouk, *op. cit.*, p. 111.

communiqué à l'intéressé son intention de la révoquer avant qu'elle n'ait conduit celui-ci à agir, ou à s'abstenir d'agir, comme il l'allègue. Il devra bien entendu établir avec soin que le destinataire de la représentation a pris connaissance personnellement, et en temps voulu, de cette révocation.

114. C) Erreur, dol, corruption, contrainte. — En droit anglais, on l'a vu, une Partie peut vaincre l'*estoppel by representation* qui lui est opposé si elle réussit à prouver que sa volonté était viciée — par dol (*fraud*) ou par contrainte (*coercion, duress*) — au moment où elle émettait sa *representation* ³¹¹. Et l'on a indiqué, en analysant les conditions d'application de l'*estoppel* en droit des gens, que des remarques du même type paraissent s'imposer au plan international ³¹².

Quelques auteurs n'ont pas manqué de le signaler dans leurs études. D.W. Bowett a fait observer par exemple, se référant à l'*affaire Salvador Commercial Company* et citant un passage de la sentence dans lequel le tribunal a déclaré que le Gouvernement du Salvador était *estopped* de revenir sur les rapports de son administration puisque la preuve n'avait pas été apportée que ceux-ci avaient été obtenus par dol ou contrainte ³¹³, qu'il en découlait clairement que « upon proof of fraud or duress the estoppel would have been nullified » ³¹⁴. De même, Eberhard Menzel a souligné que, dans une situation d'*estoppel*, l'acte considéré (« das entsprechende Handeln ») ne doit en aucune façon résulter d'un dol ou d'une contrainte ³¹⁵. Mohieddine Mabrouk s'est également exprimé dans ce sens ³¹⁶.

Il est évident que l'on se trouve confronté ici avec le problème, largement débattu, de la nullité d'un acte juridique international en raison d'un vice qui entache la volonté de l'un de ses auteurs ³¹⁷ — en l'occurrence la volonté de celui qui a donné une certaine représentation des choses ayant conduit à l'établissement d'un rapport conventionnel implicite entre les deux Parties en cause.

Encore que des vues divergentes aient été avancées sur la question de savoir si l'on peut examiner la validité d'une déclaration, d'un acte ou d'un comportement international sans l'angle de la théorie des vices de la volonté (ou « vices du consentement ») telle que l'ont

311. Cf. *supra*, par. 21, p. 43.

312. Cf. *supra*, par. 95, p. 286.

313. Ce passage est reproduit *supra*, p. 80.

314. Bowett, *Estoppel*, p. 190.

315. Menzel, *op. cit.*, p. 441.

316. Mabrouk, *loc. cit.*

317. Voir notamment à ce sujet Paul Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *R.C.A.D.I.* 1949, vol. I, pp. 193-268, et *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 187-194, McNair, *The Law of Treaties*, pp. 206-236, Clive Parry, « The Law of Treaties », *Manual of Public International Law* (ed. by Max Sørensen), pp. 201-209, par. 4.23-4.29, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 143-149, par. 121-128, P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 90-94, Jacqué, *op. cit.*, pp. 131-141, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 57-64.

établie les principaux systèmes de droit interne ³¹⁸, on constate que le droit des gens s'est inspiré à divers égards de cette théorie. On relève en effet un certain nombre de cas où l'ordre international admet, à l'instar des ordres étatiques, que la volonté d'une Partie à un acte juridique a été viciée et, partant, que cet acte est nul. Ces différents cas, qui ont été analysés avec un soin particulier par la Commission du droit international des Nations Unies dans le cadre de ses travaux sur le droit des traités ³¹⁹, sont les suivants : l'erreur ³²⁰ ; le dol ³²¹ ; la corruption du représentant d'un sujet de droit international ³²² ; la contrainte exercée sur le représentant d'un sujet de droit international et la contrainte exercée sur un sujet de droit international par la menace ou l'emploi de la force ³²³.

Une étude approfondie de ces différentes causes de nullité dépasserait les limites du présent travail. Il paraît suffisant d'examiner dans quelle mesure elles peuvent être décrites comme des exceptions de nullité opposables à l'*estoppel* en droit des gens.

a) *Erreur*. On peut affirmer, en s'inspirant du texte de l'article 48 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ³²⁴, que

318. Voir en particulier les remarques présentées à ce sujet par P. De Visscher, *op. cit.*, p. 91 et ss., et Jacqué, *op. cit.*, pp. 120-121, 131-141.

319. Cf. *Projet d'articles sur le droit des traités et commentaires adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session* (références données *supra*, p. 187, note 503), art. 45 à 49 (devenus les art. 48 à 52 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités).

320. Cf. art. 48 de la Convention de Vienne de 1969 (art. 45 du projet d'articles de la C.D.I.). Voir également Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 188-190, Parry, *op. cit.*, pp. 203-204, par. 4.25, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 146-147, par. 125, P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 98-99, Jacqué, *op. cit.*, pp. 138-140, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 61.

321. Cf. art. 49 de la Convention de Vienne de 1969 (art. 46 du projet d'articles de la C.D.I.). Voir également Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 190 *in fine* - 191, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, p. 147, par. 126, P. De Visscher, *op. cit.*, p. 100, Jacqué, *op. cit.*, pp. 135-138, Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 62. Il est à signaler que le texte anglais de la Convention de Vienne utilise le terme de *fraud* qui, comme on l'a indiqué *supra*, p. 43, note 191, ne semble pas correspondre entièrement au terme français de « dol » ; mais la C.D.I., consciente de cette difficulté, a souligné que cet article traite « du concept général renfermé dans chacun de ces mots plutôt que de ses applications détaillées en droit interne » (*op. cit.*, p. 69).

322. Cf. art. 50 de la Convention de Vienne de 1969 (art. 47 du projet d'articles de la C.D.I.). On peut considérer avec Jacqué, *op. cit.*, pp. 136-137, qu'il est curieux d'avoir distingué cette cause de nullité du dol puisque, aux termes mêmes de la Convention, ce dernier vise « la conduite frauduleuse d'un Etat » et que la corruption d'un représentant s'inscrit manifestement dans ce contexte. On peut admettre également avec Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), p. 62, que « la corruption est difficile à établir et dangereuse à invoquer par le discrédit qu'elle engendre ».

323. Cf. art. 51 et 52 de la Convention de Vienne de 1969 (art. 48 et 49 du projet d'articles de la C.D.I.). Voir également Guggenheim, *Traité* (2^e éd.), tome I, pp. 191-194, Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, pp. 147-149, par. 128 (sous « violence »), P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 100-101, Jacqué, *op. cit.*, pp. 131-135, (sous « violence »), Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 62-63.

324. Cet article dispose, à ses paragraphes 1 et 2 : « 1. Un Etat peut invoquer une erreur dans un traité comme viciant son consentement à être lié par le traité si l'erreur porte sur un fait ou une situation que cet Etat supposait exister au moment où le traité a été conclu et qui constituait une base essentielle du consentement de cet Etat à être lié par le traité. 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque ledit Etat a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsque les circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur. »

celui dont émane ladite représentation des choses pourra faire échec à l'*estoppel* allégué s'il parvient à démontrer que sa volonté réelle était affectée par une erreur qui portait sur un fait ou une situation qu'il supposait exister au moment où il émettait sa représentation et qui constituait une base essentielle de sa manifestation de volonté — étant entendu qu'il ne pourra invoquer cette erreur s'il y a lui-même contribué par son comportement ou n'a pas tenu compte des circonstances permettant de la déceler à temps. D.W. Bowett a indiqué à juste titre :

« ... It is possible ... that excusable error in making the statement can preclude the setting up of the plea of estoppel upon the statement : but the error would have to be 'excusable', that is to say, not due to the fault or neglect of the party making the statement, for otherwise that party could mislead another and yet rely upon its own fault to escape the liability which an estoppel might impose. » ³²⁵

On peut signaler que dans l'affaire du temple de Préah Vihear ³²⁶, dans laquelle la Thaïlande avait soutenu subsidiairement que si les autorités siamoises avaient paru accepter la carte de l'annexe I, elles ne l'avaient fait que dans la croyance erronée — et seulement sur la base de cette croyance — que la frontière tracée sur cette carte correspondait à la ligne de partage des eaux, la C.I.J. a conclu que l'erreur invoquée n'avait pas été établie, affirmant notamment que les autorités siamoises savaient que la carte était l'œuvre d'officiers topographes français à qui elles avaient elles-mêmes confié ce travail, qu'elles l'avaient acceptée sans faire de recherches pour leur propre compte et ne sauraient donc invoquer maintenant une erreur viciant leur consentement ³²⁷.

b) *Dol, corruption*. Il est clair, comme certains internationalistes l'ont souligné ³²⁸, qu'une Partie pourra faire échec à l'*estoppel* invoqué à son encontre si elle démontre que ce qu'elle avait dit, fait ou laissé croire avait été déterminé par la « conduite frauduleuse » ³²⁹ de la Partie adverse, ou encore que la représentation considérée avait été obtenue au moyen de la corruption de l'organe qui l'avait donnée par l'action directe ou indirecte de la Partie adverse ³³⁰.

325. Bowett, *Estoppel*, p. 191 (notes omises).

326. Cette affaire est présentée *supra*, pp. 121-138.

327. Cf. C.I.J. *Recueil* 1962, pp. 26-27. Voir également les intéressantes observations présentées sur ce point par sir Gerald Fitzmaurice dans son opinion individuelle, *ibid.*, pp. 57-59.

328. Cf. *supra*, p. 324.

329. Selon les termes de l'art. 49 de la Convention de Vienne de 1969 : « Si un Etat a été amené à conclure un traité par la conduite frauduleuse d'un autre Etat ayant participé à la négociation, il peut invoquer le dol comme viciant son consentement d'un Etat à être lié par un traité a été obtenue au moyen de

330. Cf. l'art. 50 de la Convention de 1969, qui porte : « Si l'expression du consentement d'un Etat à être lié par un traité a été obtenue au moyen de la corruption de son représentant par l'action directe ou indirecte d'un autre Etat ayant participé à la négociation, l'Etat peut invoquer cette corruption comme viciant son consentement à être lié par le traité. »

On peut dire, en reprenant les remarques que l'on a présentées à propos de cette fin de non-recevoir opposable à l'*estoppel by representation* en droit anglais³³¹, que si une Partie a donné la représentation d'un certain état de fait en se fondant sur des allégations frauduleuses (*fraudulent misrepresentation*) de son adversaire, elle pourra valablement opposer la fin de non-recevoir résultant du dol à l'*estoppel* que celui-ci allègue à son encontre, et que ce principe couvre également les cas où le destinataire de la représentation avait caché certains faits déterminants qui eussent pu conduire l'auteur de celle-ci à ne pas l'émettre ou à mieux s'informer.

c) *Contrainte*. Il est évident qu'en droit des gens comme en droit anglais, l'*estoppel* sera dépourvu de tout effet juridique si l'auteur de la représentation à laquelle la Partie qui recourt à l'*estoppel* dit s'être fiée pour agir, ou pour s'abstenir d'agir, prouve qu'une contrainte illicite avait été exercée contre lui³³². On doit considérer en effet, en se référant aux données de la Convention de Vienne de 1969, que la contrainte constitue un vice de volonté si elle s'exerce sur un organe d'un sujet de droit international « au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre lui » (article 51), ou sur un sujet de droit international lui-même « par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies » (article 52). On doit admettre aussi, en transposant au plan international les remarques fort pertinentes avancées sur ce point par Spencer Bower et Turner dans leurs ouvrages sur l'*estoppel by representation* anglais³³³, que la contrainte ne doit pas nécessairement avoir été exercée sur l'auteur de la représentation par la Partie qui recourt à l'*estoppel*.

115. D) Violation d'une règle impérative du droit international général (*jus cogens*). — En droit anglais, on l'a vu, un tribunal ne saurait retenir l'*estoppel* invoqué si cela le conduisait à consacrer une situation illégale³³⁴. Dans le système de la *common law* comme dans le système de droit civil, certaines règles concernant l'ordre public ou les bonnes mœurs revêtent en effet un caractère impératif et il n'est pas possible d'y déroger par accords particuliers, sous peine de nullité de ces accords. La liberté contractuelle n'est donc pas absolue. Il en résulte que l'auteur d'une *representation* pourra, le cas échéant, fonder une fin de non-recevoir contre l'*estoppel* sur l'illégalité du rapport juridique auquel sa *representation* a conduit.

La question de savoir s'il existe également en droit des gens des normes impératives auxquelles les sujets de droit ne peuvent déroger librement par accord a donné lieu ces dernières années, en raison surtout des travaux préparatoires de la Convention de Vienne sur

331. Cf. *supra*, par. 21, al. a, p. 43.

332. Voir les remarques présentées sur ce point *supra*, par. 21, al. b, p. 43.

333. Cf. *supra*, p. 43, note 194.

334. Cf. *supra*, par. 22, pp. 43-44.

le droit des traités et des résultats de ces travaux, à de vastes débats doctrinaux dont l'analyse exigerait des développements qui ne trouvent pas leur place ici³³⁵. Qu'il suffise d'indiquer, aux fins de la présente étude, que c'est sur l'existence de telles normes de *jus cogens* que la Conférence diplomatique sur le droit des traités s'est prononcée, à la suite de la Commission du droit international, en rédigeant l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, intitulé « Traités en conflit avec une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) », aux termes duquel :

« Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. »

Cette formule a fait l'objet de vives critiques, car elle donne une définition abstraite qui ne comporte pas d'énumération, même à titre d'exemple, des règles impératives du droit international général et risque par conséquent, comme Charles Rousseau l'a indiqué, de conduire les Etats à faire appel à des considérations de droit naturel ou d'ordre politique ou idéologique pour « se soustraire unilatéralement à leurs obligations conventionnelles en invoquant la nullité d'un traité pour non conformité à un *jus cogens* resté informulé »³³⁶. On pourrait certes considérer, avec Paul De Visscher, que la Convention de Vienne s'est sagement gardée de « figer la notion de *jus cogens* en tentant de lui donner un contenu matériel » et que, consciente de la menace d'arbitraire que comporte sa définition, elle pallie cette menace en prévoyant, à son article 66, de confier le maniement du concept de *jus cogens* à un organe juridictionnel statuant cas par cas et a par là-même virtuellement « positivé » le contenu matériel de ce concept³³⁷. Mais cette vue des choses paraît quelque peu optimiste, compte tenu de la structure actuelle de la communauté internationale

335. Dans leur ensemble, les traités et ouvrages généraux de droit international public parus ces dernières années se penchent sur cette question. Parmi les études très nombreuses sur le *jus cogens* en droit des gens, on peut mentionner en particulier : Michel Virally, « Réflexions sur le *jus cogens* », *A.F.D.I.* 1966, pp. 5-29, Eric Suy, « The concept of *jus cogens* in public international law » in *The Concept of Jus Cogens in Public International Law (Conference on International Law, Lagonissi, Greece, April 3-8, 1966)* (Genève : Carnegie Endowment for International Peace, 1967) pp. 17-77, qui donne de nombreuses indications bibliographiques, Krystyna Marek, « Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, *op. cit.*, pp. 426-459.

336. Rousseau, *Droit international public* (1971), tome I, p. 151, par. 131. Voir également les intéressantes observations de Jacqué, *op. cit.*, pp. 154-161.

337. P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 108-109.

et du peu de confiance dont les Etats ont fait preuve jusqu'ici à l'égard de la solution juridictionnelle ³³⁸.

Cela étant, on peut affirmer — en admettant que le *jus cogens* est en droit international comme en droit interne une institution de droit positif — qu'un tribunal international devra rejeter l'*estoppel* invoqué si celui-ci vise à consacrer un accord intervenu entre les deux Parties en cause en violation d'une norme impérative du droit international général. Une telle fin de non-recevoir contre l'*estoppel* est donc parfaitement envisageable sur le plan international, dans la mesure bien entendu où les juridictions internationales parviennent effectivement à donner un contenu matériel à la notion de *jus cogens* ³³⁹.

116. E) Existence d'un *cross-estoppel* (*estoppel* contre *estoppel*).

— Comme on l'a indiqué dans la première Partie, on parle de *cross-estoppel* pour définir la situation, assez improbable, où celui qui invoque l'*estoppel* est prétendu *estopped* à son tour par son adversaire d'utiliser ce moyen ³⁴⁰. Ce sera le cas, en particulier, si l'auteur d'une *representation* parvient à démontrer qu'il l'a émise en se fondant principalement sur des déclarations, actes ou comportements de celui qui recourt à l'*estoppel*. Il est évident que ces deux *estoppels* s'annuleront mutuellement si la preuve de leurs éléments constitutifs a été apportée pour chacun d'entre eux.

Rien ne s'oppose à ce qu'une telle fin de non-recevoir puisse être invoquée contre l'*estoppel* dans un procès international ³⁴¹. On ne rencontre à vrai dire aucun exemple de *cross-estoppel* dans les documents des tribunaux internationaux, mais on note cependant avec intérêt que, dans son opinion dissidente dans l'*affaire du temple de Préah Vihéar* ³⁴², sir Percy Spender a avancé certaines observations que l'on peut mentionner dans ce contexte, encore que l'éminent juge n'ait pas parlé de *cross-estoppel* ou de *cross-representations* :

« Criticism may indeed be directed against Thailand and inferences adverse to her drawn from the fact that on a number of occasions over the years since 1908-1909 she remained silent on the map sheets. The fact however is that France herself innocently, but none the less to a major extent, directly contributed to the very conduct of Thailand that Cambodia has sought to rely upon, and the Court thinks is of such significance. For it was the act of

338. Il ne nous appartient pas de faire état ici des nombreuses critiques que la solution de la Convention de Vienne a soulevées. Jacqué, *op. cit.*, pp. 158-161, en donne un aperçu. P. De Visscher, *op. cit.*, pp. 109-111, signale également certaines difficultés.

339. Seul Mabrouk, *op. cit.*, p. 111, mentionne cette fin de non-recevoir opposable à l'*estoppel* en droit international, en parlant de la « non-conformité de la représentation à l'ordre public international » (non-conformité qui, à son avis, « doit être patente »).

340. Cf. *supra*, par. 23, p. 44.

341. C'est également l'avis de Mabrouk, *loc. cit.*

342. Cf. *supra*, pp. 133-138.

France in presenting the map sheet Annex I which purported to show a frontier line drawn correctly to represent the line of the watershed — whether based upon a decision of the Mixed Commission or upon the Treaty line — that induced Thailand to believe that the line shown on Annex I had been correctly drawn.»³⁴³

343. *C.I.J. Recueil* 1962, p. 136.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'objet de ce travail était de reconsidérer l'institution de l'*estoppel* en droit des gens, compte tenu des avis variés et contradictoires qui ont été et sont encore émis à son sujet dans la pratique et la doctrine internationales.

Il était indispensable d'examiner en premier lieu les multiples aspects — au demeurant assez compliqués et souvent difficiles à saisir pour un juriste non formé à l'école du droit anglo-américain — que cette institution revêt dans le système de la *common law*, qui lui a donné naissance, où elle s'est développée au cours des siècles, et où elle subit toujours une évolution constante. Nous référant à différents auteurs, et notamment aux ouvrages magistraux de George Spencer Bower et de sir Alexander Kingcome Turner, nous avons vu qu'elle a pris deux formes principales dans ce système : celle de l'*estoppel by representation*, qui intervient dans le domaine des manifestations de volonté, et celle de l'*estoppel by res judicata*, qui opère en matière de décisions judiciaires. S'agissant de l'*estoppel by representation*, seule forme de l'*estoppel* qui paraît avoir retenu l'attention du droit des gens, nous avons noté qu'il est malaisé de déterminer de façon certaine sa nature juridique, sa portée et ses effets, vu les thèses divergentes que l'on rencontre à son sujet dans la pratique et la doctrine britanniques, en particulier sur la question de savoir s'il s'agit d'une règle de la procédure probatoire ou d'une règle de fond. Sans entrer dans le détail de ces querelles théoriques, nous nous sommes ralliés à la proposition anglaise la plus classique selon laquelle l'*estoppel by representation* est une règle de preuve (*rule of evidence*) en vertu de laquelle une Partie à un litige n'est pas habilitée, lorsque certaines conditions strictement énoncées sont remplies, à revenir en justice sur une représentation des faits qu'elle a donnée antérieurement en apportant des preuves contraires, en essayant d'établir une vérité différente. Ainsi compris, l'*estoppel by representation* se présente manifestement comme une règle procédurale concernant les limites au droit de faire la preuve. Il ne peut être employé par conséquent que comme un moyen de défense et ne saurait en aucun cas constituer le fondement même d'un action en justice. Pour citer une fois de plus la célèbre formule d'un juge anglais, il ne peut être utilisé que comme un bouclier et non comme une épée.

La question se posait dès lors de savoir si, en empruntant à la

terminologie juridique anglo-américaine le terme d'*estoppel*, le droit international a visé cet *estoppel by representation* rigoureusement entendu ou s'il a envisagé plutôt, comme plusieurs autorités l'ont affirmé à diverses reprises, une principe plus large et plus souple mieux adapté à ses exigences, une simple affirmation du principe de la non-contradiction.

Cela nous a conduits à examiner de près les nombreuses affaires internationales dans lesquelles des juristes ont fait appel à l'*estoppel* et à relever l'existence de deux conceptions générales opposées de cette règle, l'une extensive (l'*estoppel* intervient indépendamment des conditions d'application mises au point par la *common law* pour l'*estoppel by representation* et apparaît comme un principe général de droit reconnu par toutes les nations), l'autre restrictive (l'*estoppel* n'opère que si les éléments constitutifs de l'*estoppel by representation* de la *common law* sont réunis). Et nous sommes parvenus à des conclusions négatives quant à la conception extensive de l'*estoppel*, considérant, au nom de la nécessaire économie des notions dans l'ordre international, qu'il est inutile d'utiliser ce terme pour définir uniquement l'effet de règles concrètes et bien individualisées du droit des gens — c'est-à-dire, principalement, pour décrire l'effet d'une *admission* ou l'effet d'un acte juridique générateur d'une obligation à la charge de son auteur, ou pour qualifier la déchéance encourue par une Partie parce qu'elle n'a pas observé les prescriptions d'une règle juridique qui imposait une obligation d'agir ou en raison du caractère illicite de l'un de ses actes. L'*estoppel* ne se présente pas dans de tels cas comme une institution juridique autonome ayant ses propres effets, mais comme une façon pratique et sommaire de définir une situation juridique réglée par d'autres institutions du droit international. Un tel emploi du terme est donc superfétatoire et ne peut être que source de confusions sur le plan de la théorie du droit.

Ayant rejeté la conception extensive de l'*estoppel*, nous avons étudié la conception restrictive telle qu'elle ressort essentiellement de la jurisprudence internationale — étant entendu que l'*estoppel* rigoureusement défini, directement inspiré de la théorie de l'*estoppel by representation* de la *common law*, constitue une règle du droit judiciaire — et recherché si nous avions affaire alors à une institution juridique autonome du droit international. Nous avons constaté qu'une détermination stricte de la règle, introduite dans le droit des gens au cours du XIX^e siècle par des arbitres anglais et américains, s'est progressivement affirmée et qu'elle a été consacrée par la Cour internationale de Justice dans deux de ses arrêts, ainsi qu'en témoignent les *dicta* de cette haute instance dans l'*affaire de la Barcelona Traction* (exceptions préliminaires, 1964) et dans les *affaires du plateau continental de la mer du Nord* (1969).

Mais si les tribunaux internationaux ont expressément reconnu l'applicabilité de cette règle, ils ne l'ont pas appliquée jusqu'ici —

sauf une fois à titre complémentaire¹ — parce que ses éléments constitutifs n'étaient pas réunis. Peut-on parler dans ces conditions d'une « réception » de l'institution de l'*estoppel by representation* de la *common law* dans l'ordre juridique international par la voie de la coutume jurisprudentielle (*customary case-law*), ou doit-on conclure au contraire, en raison des difficultés que sa mise en œuvre rencontre, qu'elle ne correspond pas à un véritable besoin sur le plan international et qu'il n'y a donc pas lieu de la retenir ?

Il est certain que cette règle technique tirée d'un système juridique qui se caractérise, pour des raisons d'histoire du droit qui lui sont propres, par un formalisme très marqué, pourrait sembler de prime abord ne pas correspondre à une nécessité dans le cadre du système probatoire international qui, nous l'avons souligné², organise les preuves d'une manière très souple et connaît une grande flexibilité en ce qui concerne l'admissibilité des preuves. C'est la raison d'ailleurs pour laquelle quelques commentateurs ont cru pouvoir affirmer qu'étroitement envisagé, l'*estoppel* revêtait un caractère par trop formel et ne pouvait trouver place dans l'ordre juridique international. Mais c'était méconnaître l'origine même de cette institution, œuvre des Chanceliers anglais qui, luttant précisément contre un formalisme juridique excessif, s'étaient attachés à introduire les règles de l'*equity* — principes de morale et de justice — en vue de corriger le droit existant et de suppléer à ses lacunes³. C'était oublier aussi que l'arbitrage international moderne, très influencé à ses débuts par des doctrines du droit anglo-américain⁴, s'est référé à plusieurs reprises à l'*estoppel by representation* (*equitable estoppel*), auquel des juristes de nombreux pays ont estimé utile de recourir par la suite dans le cadre de la procédure arbitrale et judiciaire, et dont les tribunaux internationaux ont sanctionné à plusieurs reprises l'applicabilité. Comme Jean-Victor Louis l'a indiqué à juste titre dans la conclusion de son excellent article sur l'*estoppel* devant la Cour internationale de Justice :

« L'*estoppel* tel que l'avait façonné la sagesse judiciaire anglo-saxonne offrait l'avantage de ne pas livrer à l'arbitraire de la conscience du juge international le soin de décider, dans chaque cas, s'il y a ou non irrecevabilité. Il lui fournissait des critères qui relevaient, nous l'avons souligné, de la technique juridique, et qui étaient aussi autant de circonstances aggravantes de la contradiction. Sans ces circonstances, celle-ci n'entraînait pas l'irrecevabilité. »⁵

Nous avons analysé de manière approfondie lesdites « circonstances aggravantes » qui permettent à un tribunal international, s'il constate leur existence, de statuer objectivement qu'une Partie est

1. Dans l'affaire *Corvaia* (1903), examinée *supra*, pp. 141-142.

2. *Supra*, p. 202 *in fine*.

3. Cf. *supra*, par. 1 à 3, pp. 9-13.

4. Cf. *supra*, par. 38, p. 67.

5. Louis, *Estoppel*, p. 233.

juridiquement empêchée de contredire ou de contester devant lui ce qu'elle a précédemment présenté, dans ses paroles ou dans sa conduite, comme étant vrai. Pour qu'il y ait situation d'*estoppel*, rappelons-le, il faut qu'une Partie à un litige établisse que son adversaire, par ses déclarations, ses actes ou ses comportements, lui a donné librement la représentation claire et non équivoque d'un certain état de fait sur la foi duquel elle a été incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de telle sorte qu'il en est résulté une modification dans leurs positions relatives (à son préjudice, ou à l'avantage de son adversaire, ou les deux à la fois).

On pourra certes objecter que la règle ainsi définie est d'une rigidité extrême qui explique son peu de succès jusqu'ici sur le plan international. Cette objection ne nous semble guère fondée car on peut affirmer, comme Paul Reuter l'a fait en se référant à l'*estoppel*, que le formalisme subsiste en procédure internationale « dans la mesure où il est le support du caractère contradictoire des débats »⁶ et que le droit des gens s'est efforcé avec raison, sur le modèle du droit anglais, à délimiter rigoureusement les éléments constitutifs de la règle qui se présente, dès lors, comme une institution juridique autonome. Il nous paraît indubitable que cette règle sera souvent appliquée lorsque les Etats feront preuve de plus de confiance à l'égard de la solution juridictionnelle.

Il est évident, en effet, qu'une règle qui vise, si certaines conditions sont remplies, à empêcher une Partie à un procès d'affirmer un état de fait différent de celui qu'elle a antérieurement représenté comme existant peut trouver application dans une multitude de situations. Aucun domaine du droit des gens ne lui est fermé⁷. Et une telle vue des choses est corroborée si l'on voit dans l'*estoppel*, selon une formule utilisée par Jean Dargent à propos de l'institution anglaise de l'*estoppel by representation*, la « sanction de toute apparence de contrat »⁸.

En droit anglais, on l'a souligné, il est des domaines qui offrent un terrain particulièrement favorable à l'application de l'*estoppel by representation* et fournissent à cet égard une jurisprudence abondante⁹. Il en est résulté l'apparition de plusieurs sous-catégories d'*estoppel by representation*, désignées sous différentes appellations¹⁰. Le droit des gens n'a pas jugé nécessaire de reprendre à son compte l'une ou l'autre de ces dénominations et n'a parlé jusqu'ici que d'*estoppel* tout court. Une analyse des documents de la jurisprudence internationale permet cependant de constater également, au plan

6. Reuter, *Droit international public* (4^e éd.), pp. 339 *in fine* - 340.

7. Voir les considérations que l'on a présentées *supra*, pp. 45-47, au sujet de la généralité d'application de la règle de l'*estoppel by representation* en droit anglais.

8. Dargent, *op. cit.*, p. 218. Et voir les observations que l'on a avancées à ce propos *supra*, par. 108, pp. 307-315.

9. Cf. *supra*, par. 25, pp. 45-47.

10. *Ibid.*

international, un recours marqué à l'*estoppel* strictement défini dans certains domaines — notamment en matière d'*admissions* (reconnaissance d'un point de fait par une Partie ou acquiescement d'une Partie à une situation donnée) et d'actes juridiques (s'agissant essentiellement de la détermination de l'existence d'un lien conventionnel dans les cas douteux)¹¹.

Rien n'empêche de penser que si l'appel à la théorie stricte de l'*estoppel* prenait une certaine envergure dans le cadre arbitral et judiciaire international, des plaideurs et des tribunaux pourraient être amenés à ne plus parler simplement d'*estoppel* mais à emprunter au vocabulaire juridique anglo-américain des expressions désignant telle ou telle forme d'*estoppel by representation*, voire à forger eux-mêmes de nouvelles expressions, pour mieux énoncer leur pensée et préciser la situation d'*estoppel* visée.

Une dernière remarque s'impose au sujet du fondement juridique de l'*estoppel* en droit international public. Nous avons accordé une importance particulière à cet égard à la théorie de l'accord implicite¹², et cette prise de position pourra paraître quelque peu surprenante à certains qui souligneront qu'un accord résulte toujours de la volonté concordante de deux ou plusieurs sujets de droit et que tel n'est manifestement pas le cas dans le cadre d'une situation d'*estoppel*. Nous avons essayé de répondre à cette objection en spécifiant que l'on n'analyse pas dans un tel cas la volonté réelle de l'auteur de l'acte d'où découlait la représentation des choses alléguée, mais que l'on prend en considération les aspects « objectifs » de l'acte en question afin de déterminer si une autre Partie a pu raisonnablement se fier à l'intention qui semblait s'en dégager, a pu déduire, d'après toutes les circonstances de l'espèce, l'existence chez l'auteur de cet acte de la volonté de s'obliger juridiquement, de contracter. On pourra certes rétorquer que l'on se trouve tout au plus, en pareille hypothèse, face à une situation « quasi contractuelle », et affirmer que la nature des quasi-contrats est incertaine et que l'on doit les considérer plutôt comme des *faits juridiques*, car leurs auteurs n'ont pas eu l'intention de créer une norme¹³. Georges Scelle a déclaré fort pertinemment, après avoir indiqué que l'*estoppel* a trouvé une place bien marquée dans la procédure internationale en raison de son « caractère de bonne foi et d'équité » et donné une définition stricte de la règle :

« ... On a parlé sur ce point d'une sorte de convention implicite et fait des analogies avec la présomption. Mais l'institution est beaucoup plus souple et constitue une sorte de test de l'honnêteté des procédures. Elle confère au tribunal un rôle élevé en le chargeant

11. Cf. *supra*, par. 73-74, pp. 194-210.

12. Cf. *supra*, par. 108, pp. 307-315.

13. Cf. les indications données par Jacqué, *op. cit.*, p. 198 et ss., sur les situations quasi contractuelles dans l'ordre international.

de garantir la sécurité des rapports entre plaideurs et contraste avec le formalisme de certaines législations internes. »¹⁴

Il nous paraît opportun de terminer notre ouvrage sur ces remarquables observations qui mettent à juste titre l'accent sur le véritable but de l'institution de *l'estoppel* en droit international public, celui d'une bonne administration de la justice.

14. Georges Scelle, « Arbitral Procedure », Rapport, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol. II, p. 133.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie se divise en deux sections : l'une énumère les principaux écrits consultés pour la première Partie de ce travail, relative à l'*estoppel* en droit anglais ; l'autre donne la liste des documents, ouvrages généraux et études monographiques pris en considération pour les deuxième et troisième Parties de ce travail, relatives à l'*estoppel* en droit international public.

A. — L'ESTOPPEL EN DROIT ANGLAIS ¹

I. OUVRAGES

- BEST's *Principles of Evidence* (12^e éd., par S.L. Phipson ; Londres Sweet & Maxwell, 1922).
- BROOM, H., *A Selection of Legal Maxims* (9^e éd., par J.W. Byrne ; Londres : Sweet & Maxwell, 1924).
- BUCKLAND, W.W. et McNAIR, Arnold D., *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline* (Cambridge : University Press, 1936).
- CHITTY, Joseph, *On Contracts* (22^e éd. ; General editor : John Morris. Editors: T.H. Bingham and others ; Londres : Sweet & Maxwell, 2 vol., 1961).
- CROSS, Alfred Neal Rupert, *Evidence* (1^{re} éd. ; Londres : Butterworth, 1958).
- DARGENT, Jean, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'« Estoppel »* (Thèse de Grenoble ; Tourcoing : Imp. G. Frère, 1943).
- DAVID, René, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (avec la collaboration de H.C. Gutteridge et de B.A. Wortley ; Paris : Recueil Sirey, 1948).
- EVEREST et STRODE, *The Law of Estoppel* (3^e éd. ; Londres : Stevens & Sons, 1923).
- HALSBURY'S *Laws of England* (3^e éd. ; Londres : Butterworth, vol. 8, 14 et 15, 1956, et leurs compléments annuels).
- HANBURY, Harold Greville, *Modern Equity* (2^e éd. ; Londres : Stevens & Sons, 1937).
- JOWITT, William Allen, 1st Earl, *The Dictionary of English Law* (Londres : Sweet & Maxwell, 1959, 2 vol.).
- LAW REVISION COMMITTEE, *Sixth Interim Report (Statute of Frauds and the Doctrine of Consideration)*, Cmd. 5449, 1937.

1. On mentionne également les ouvrages et articles d'auteurs américains étudiés en corrélation avec la théorie américaine du *promissory estoppel*.

- PHIPSON, S.L., *The Law of Evidence* (8^e éd., par R. Burrows ; Londres : Sweet & Maxwell, 1942).
- POLLOCK, sir Frederick, *Principles of Contract* (13^e éd., par sir Percy H. Winfield ; Londres : Stevens & Sons, 1950).
- POLLOCK et MAITLAND, *History of the English Law Before the Time of Edward I* (1^{re} éd. ; Cambridge : University Press, 1895).
- RIEZLER, Erwin, *Venire contra factum proprium, Studien in römischen, englischen und deutschen Recht* (Leipzig : Duncker et Humblot, 1912).
- SPENCER BOWER, George, *The Law Relating to Estoppel by Representation*, (1^{re} éd. ; Londres : Butterworth, 1923).
- *The Doctrine of Res Judicata* (1^{re} éd. ; Londres : Butterworth, 1924).
- *The Law of Actionable Misrepresentation* (2^e éd. ; Londres : Butterworth, 1927).
- SPENCER BOWER, George, et TURNER, sir Alexander Kingcome, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (2^e éd. ; Londres : Butterworth, 1966).
- *The Doctrine of Res Judicata* (2^e éd. ; Londres : Butterworth, 1969).
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE'S *Restatement of the Law of Contracts* (St. Paul : American Law Institute Publishers, 1932, 2 vol.).
- TREITEL, G.H., *The Law of Contracts* (Londres : Stevens & Sons, 1962).
- WILLISTON, Samuel, *A Treatise of the Law of Contracts* (éd. révisée par S. Williston et George J. Thompson ; New York : Baker, Voorhis & Co, 1936-1945, 9 vol.).

II. ARTICLES

- ALLAN, D.E., « An Equity to Perfect a Gift », *The Law Quarterly Review*, vol. 79 (1963), pp. 238-246.
- ATTIAH, P.S., « Consideration and Estoppel : The Thawing of the Ice », *The Modern Law Review*, vol. 38 (1975), pp. 65-69.
- « When is an Enforceable Agreement not a Contract ? Answer : When it is an Equity », *The Law Quarterly Review*, vol. 92 (1976), pp. 174-180.
- BOYER, B.F., « Promissory Estoppel Requirements and Limitations of the Doctrine », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 98 (1950), pp. 459-498.
- « Promissory Estoppel : Principle from Precedents », *Michigan Law Review*, vol. 50 (1952), pp. 639-674.
- DENNING, Lord Justice, « Recent Developments of Consideration », *The Modern Law Review*, vol. 15 (1952), p. 1 et ss.
- FRIDMAN, G.H.L., « Promissory Estoppel », *The Canadian Bar Review*, vol. 35 (1957), p. 279 et ss.
- « Promissory Estoppel », *The Modern Law Review*, vol. 27 (1964), p. 747 et ss.
- GORDON, D.M., « Creditors' Promises to Forgo Rights, A study of the High Trees and Tool Metal Cases », *The Cambridge Law Journal*, 1963, p. 222 et ss.
- GUEST, A.C., « The New Estoppel : An English Development », *The Australian Law Journal*, vol. 30 (1956), p. 187 et ss.
- JACKSON D., « Estoppel as a Sword », *The Law Quarterly Review*, vol. 81 (1965), p. 84 et ss.

- MULLIGAN, G.A., « Misrepresentation, Warranty, Estoppel », *The South African Law Journal*, vol. 77 (1960), p. 347 et ss.
- SEAVEY, W.A., « Reliance on Gratuitous Promises and Other Conduct », *Harvard Law Review*, vol. 98 (1950), pp. 459-498.
- SHERIDAN, L.A., « Equitable Estoppel Today », *The Modern Law Review*, vol. 15 (1952), p. 325 et ss.
- WILSON, J.F., « Recent Developments in Estoppel », *The Law Quarterly Review*, vol. 67 (1951), p. 330 et ss.

B. — L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

I. DOCUMENTS

Cour permanente de Justice internationale

Série A *Recueil des arrêts*, nos 1-24 (1922-1930).

Série B *Recueil des avis consultatifs*, nos 1-18 (1922-1930).

Série A/B *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*, nos 40-80 (1931-1940).

Série C *Plaidoiries, exposés oraux et documents*, nos 1-19 (1922-1930)
nos 52-88 (1931-1942).

Série E *Rapport annuel*, nos 1-16 (1922/1925-1939/1945).

Comité consultatif des juristes, *Procès-verbaux des séances du Comité*, 16 juin-23 juillet 1920, avec annexes (La Haye, 1920).

Répertoire des décisions et des documents de la procédure écrite et orale de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice, publié sous la direction de P. Guggenheim, Série I, *Cour permanente de Justice internationale, 1922-1945*. (Jusqu'ici, seuls trois volumes de cette série — mentionnés *supra*, p. 6, note 11 — ont paru).

Cour internationale de Justice

Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1947 —

Mémoires, plaidoiries et documents, 1947 —

Annuaire, 1946/1947 —

Série D *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour*, N° 1 (Deuxième édition - Mai 1947), *Charte des Nations Unies, Statut, Règlement et autres textes constitutionnels*.

Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour, N° 2, *Règlement de la Cour adopté le 6 mai 1946 et modifié le 10 mai 1972, 1972*.

Société des Nations

Journal Officiel.

Organisation des Nations Unies

Annuaire de la Commission du droit international, 1949 —

Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Documents officiels (Nations Unies, New York, 1971).

Recueil des Traités, Traités et accords internationaux enregistrés ou classés et inscrits au répertoire au Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies, 1946 —

Jugements du Tribunal administratif des Nations Unies (New York : O.N.U.).

I. — Affaires n° 1-70 (1950-1957), édité en 1962.

II. — Affaires n° 71-86 (1958-1962), édité en 1964.

III. — Affaires n° 87-113 (1963-1967), édité en 1969.

IV. — Affaires n° 114-166 (1968-1972), édité en 1974.

Organisation internationale du Travail

Tribunal administratif de l'O.I.T., Recueil des arrêts (Genève : Greffe du T.A.O.I.T., 1946 —).

Recueils de sentences arbitrales internationales¹

Cour Permanente d'Arbitrage, *Analyses des sentences rendues par les Tribunaux d'Arbitrage constitués conformément aux stipulations des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, ainsi que par les juridictions spéciales d'arbitrage qui ont fonctionné en application de l'article 47 de la Convention de 1907, 1899-1934* (La Haye : Bureau international de la Cour Permanente d'Arbitrage, 1934).

HACKWORTH, G.H., *Digest of International Law* (Washington : Government Printing Office, 1940-1943, 8 vol.).

LA FONTAINE, H., *Pasicrisie internationale, Histoire documentaire des arbitrages internationaux (1794-1900)* (Berne : Stämpfli et Cie, 1902).

LAPRADELLE, A. de, et POLITIS, N., *Recueil des arbitrages internationaux* (Paris : Pedone, tome I, 1905, tome II, 1923 (2^e éd. : 1932) ; Paris : Les Editions internationales, tome III, 1954).

MOORE, J.B., *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party* (Washington : Government Printing Office, 1898, 6 vol.).

— *International Adjudications, Ancient and Modern* (New York : Oxford University Press, 1929-1936, 7 vol.).

Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales* (Leyde : Sijthoff, 16 vol. parus depuis 1949).

Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes institués par les Traités de paix (Paris, 1922-1930, 9 vol.).

SCOTT, J.B., *The Hague Court Reports* (New York : Oxford University Press, 1^{re} série, 1916, 2^e série, 1932).

STUYT, A.M., *Survey of International Arbitrations, 1794-1938* (La Haye : Nijhoff, 1939).

II. OUVRAGES

ABI-SAAB, Georges, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, Étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre* (Préface de Paul Guggenheim ; Paris : Pedone, 1967).

AGLION, Raoul, *Dictionnaire juridique anglais-français* (New York/Paris : Brentano's, 1946).

1. Ne sont mentionnés ci-dessous que les principaux recueils consultés.

- ANZILOTTI, D., *Cours de droit international* (Traduction de l'italien par G. Gidel du 1^{er} volume de la 3^e éd.; Paris : Sirey, 1929).
- AMSELEK, Paul, *Méthode phénoménologique et théorie du droit* (Paris : L.G.D.J., 1964).
- ASLAOUI, Omar, *Les conclusions et leurs modifications en procédure judiciaire internationale* (Thèse de Genève; Genève : Librairie Droz, 1963).
- BERBER, Friedrich, *Lehrbuch des Völkerrechts* (Munich - Berlin : Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 3 vol., 1960-1964).
- BLUM, Y.Z., *Historic Titles in International Law* (La Haye : Nijhoff, 1965).
- BOS, Maarten, *Les conditions du procès en droit international public* (Bibliotheca Visserania, vol. XIX; Leiden : Brill, 1957).
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law* (Oxford : Clarendon Press, 1966).
- CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial* (Thèse de Montpellier, 1959).
- CHARPENTIER, Jean, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens* (Paris : Pedone, 1956).
- CHENG, Bin, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Londres : Stevens & Sons, 1953).
- DALLOZ, *Petit Précis Dalloz, Droit romain* (Paris : Librairie Dalloz, 1938).
- *Nouveau Répertoire de Droit* (1^{re} éd., publ. sous la direction de Emmanuel Vergé et Georges Ripert; Paris : Jurisprudence générale Dalloz, 1947-1950, 4 vol.).
- *Nouveau Répertoire de Droit* (2^e éd.; Paris : Jurisprudence générale Dalloz, 1962 —).
- DE VISSCHER, Charles, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public* (Paris : Pedone, 1963).
- *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice* (Paris : Pedone, 1966).
- *Problèmes de confins en droit international public* (Paris : Pedone, 1969).
- *Théories et réalités en droit international public* (4^e éd.; Paris : Pedone, 1970).
- *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges de droit international public* (Paris : Pedone, 1972).
- Dictionnaire de la terminologie du droit international* (publié sous la direction de Jules Basdevant; Paris : Sirey, 1960).
- FERRARI BRAVO, L., *La prova nel processo internazionale* (Naples, 1958).
- FRANÇOIS, J.P.A., *Handboek van het Volkenrecht* (2^e éd.; Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink, 1949-1950, 2 vol.).
- FRIEDMANN, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law* (Londres : Stevens & Sons, 1964).
- GAIUS, *Institutes* (texte établi et traduit par Julien Reinach; Paris : Société d'éd. « Les belles lettres », 1950).
- GROSSEN J.-M., *Les présomptions en droit international public* (Neuchâtel : Delachaux & Niestlé, 1954).
- GUGGENHEIM, Paul, *Traité de Droit international public* (1^{re} éd.; Genève : Librairie de l'Université, Georg, 1953, 2 vol. et 2^e éd., 1 vol. paru, 1967).
- HERCZEGH, Géza, *General Principles of Law and the International Legal Order* (Budapest : Akadémia Kiadó, 1969).
- IONESCO, Basile, *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé* (Thèse de Strasbourg; Strasbourg : Impr. « Sostrali », 1927).

- JACQUÉ, Jean-Paul, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international* (Avant-propos de Paul Reuter. Préface de Guy Feuer ; Paris : L.G.D.J., 1972).
- JENKS, Clarence Wilfred, *The Proper Law of International Organizations* (Londres : Stevens, 1962).
- *The Prospects of International Adjudication* (Londres : Stevens, 1964).
- JENNINGS, Robert Yewdall, *The Acquisition of Territory in International Law* (Manchester : Manchester University Press, 1963).
- JÍMENEZ DE ARÉCHAGA, *Curso de Derecho Internacional Publico* (Montevideo : Centro estudiantes de derecho, 1959-1961, 2 vol.).
- JONES, J.M., *Full Powers and Ratification, A study in the Development of Treaty-Making Procedure* (Cambridge : University Press, 1946).
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit* (traduit de l'allemand par Henri Thévenaz ; Neuchâtel : Editions de la Baconnière, 1953).
- *Principles of International Law* (2^e éd., revue et publiée par Robert W. Tucker ; New York : Holt, Rinehart and Winston, 1966).
- LANG, Jack, *Le plateau continental de la mer du Nord, Arrêt de la Cour internationale de Justice* (Paris : L.G.D.J., 1970).
- LAURENT, J.-Ch., *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques* (Thèse de Caen ; Caen, 1931).
- LAUTERPACHT, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Londres : Longmans, Green and Co Ltd., 1927).
- *The Development of International Law by the International Court* (2^e éd. ; Londres : Stevens, & Sons, 1958).
- MABROUK, Mohieddine, *Les exceptions de procédure devant les juridictions internationales* (Paris : L.G.D.J., 1966).
- McNAIR, Lord, *The Law of Treaties* (éd. révisée ; Oxford : Clarendon Press, 1961).
- MORAND, Charles-Albert, *La législation dans les Communautés européennes* (Préface de Michel Virally ; Paris : L.G.D.J., 1968).
- MÜLLER, Jörg P., *Vertrauensschutz im Völkerrecht* (Cologne-Berlin : Carl Heymans Verlag KG, 1971).
- NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public* (Paris : L.G.D.J., 1975).
- OPPENHEIM, L., *International Law* (éd. par H. Lauterpacht ; vol. 1, 8^e éd., vol. 2, 7^e éd. ; Londres : Longmans, Green & Co., respectivement 1952 et 1955).
- OURLIAC, P., et MALAFOSSE, J. de, *Droit romain et ancien droit* (Paris : P.U.F., coll. « Thémis », 1957-1961, 2 vol.).
- PATRY, Robert, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse* (Thèse de Genève : Genève : Imprimerie du Journal de Genève, 1953).
- PIOTET, P., *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse* (Berne : Verlag Stämpfli, 1956).
- REUTER, Paul, *Droit international public* (1^{re} éd. ; Paris : P.U.F., 1958, et 4^e éd., revue et mise à jour, 1973).
- ROCHE, Alexander George, *The Minquiers and Ecrehos Case (An Analysis of the Decision of the International Court of Justice)* (Thèse de Genève ; Genève : Droz, 1959).
- ROSENNE, Shabtai, *The International Court of Justice, An Essay in Political and Legal Theory* (Leyden : Sijthoff, 1957).
- ROUSSEAU, Charles, *Principes généraux du droit international public* (Paris : Pedone, tome I, 1944).
- *Droit international public* (Paris : Sirey, tome I, 1971, tome II, 1974, tome III, 1977).

- SCELLE, Georges, *Droit international public, Manuel élémentaire* (Paris : Domat-Montchrestien, 1943).
- SCHUSTER, Ernst J., *The Principles of German Civil Law* (Oxford : Clarendon Press, 1907).
- SCHWARZENBERGER, Georg, *A Manual of International Law* (5^e éd. ; Londres : Stevens & Sons, 1967).
- *International Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Londres : Stevens & Sons, vol. I, 3^e éd., 1957, vol. 2, 1968, vol. 3, 1976).
- SIMPSON, J.L., et FOX, Hazel, *International Arbitration : Law and Practice* (New York : Praeger, 1959).
- SLOUKA, Zdenek J., *International Custom and the Continental Shelf* (La Haye : Nijhoff, 1968).
- SOLUS, Henry, et PERROT, Roger, *Traité de droit judiciaire privé* (Paris : Sirey, 1961, 2 vol.).
- SCERENSEN, Max, *Les sources du droit international* (Copenhague : Munksgaard, 1946).
- SUY, Eric, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public* (Thèse, Genève ; Paris : L.G.D.J., 1962).
- TALALAEV, A.N., *Mezhdunarodnye dogovory v sovremennom mire* (trad. : *Les traités internationaux dans le monde contemporain*) (Moscou : Izdatel'stvo « Mezhdunarodnye otnosheniia », 1973).
- TUNKIN, Grigory I., *Droit international public, Problèmes théoriques* (traduit du russe par le Centre des Recherches sur l'U.R.S.S. et les Pays de l'Est de la Faculté de Droit et de Sciences politiques et économiques de Strasbourg. Préface par Michel Virally ; Paris : Pedone, 1965).
- VALLÉE, Charles, *Le plateau continental dans le droit positif actuel* (Paris : Pedone, 1971).
- VERHOEVEN, Joe, *La reconnaissance internationale dans la pratique contemporaine, Les relations publiques internationales* (Préface de Paul De Visscher ; Publication de la R.G.D.I.P., Nouvelle série, N° 24 ; Paris : Pedone, 1975).
- VIRALLY, Michel, *La pensée juridique* (Paris : L.G.D.J., 1960).
- WENGLER, Wilhelm, *Völkerrecht* (Berlin-Göttingen-Heidelberg : Springer, 1964, 2 vol.).
- WITENBERG, J.C., *L'organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationales* (Paris : Pedone, 1937).
- YOUAKIM, Youssef Issa, *Estoppel in International Law* (Cornell University : University Microfilms, Inc., Ann Arbor, Michigan, 1970).
- ZOLLER, Elisabeth, *La bonne foi en droit international public* (Préface de Suzanne Bastid ; Publication de la R.G.D.I.P., Nouvelle série - N° 28 ; Paris : Pedone, 1977).

III. COURS PROFESSÉS A L'ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE

- BASDEVANT, Jules, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* 1936, vol. IV, pp. 475-691.
- BASTID, Suzanne, « Les tribunaux administratifs internationaux et leur jurisprudence », *R.C.A.D.I.* 1957, vol. II, pp. 347-517.
- « Les problèmes territoriaux dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *R.C.A.D.I.* 1962, vol. III, pp. 360-495.

- DE VISSCHER, Paul, « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1972, vol. II, pp. 9-202.
- GUGGENHEIM, Paul, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1949, vol. I, pp. 193-268.
- « Contribution à l'étude des sources du droit des gens », *R.C.A.D.I.*, 1958, vol. II, pp. 5-82.
- LIMBURG, « L'autorité de chose jugée des décisions des juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, 1929, vol. V, pp. 523-618.
- MORELLI, Gaetano « Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1956, vol. I, pp. 440-601.
- REUTER, Paul, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1961, vol. II, pp. 425-655.
- RIPERT, Georges, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux, contribution à l'étude des principes généraux du droit visés au Statut de la Cour Permanente de Justice internationale », *R.C.A.D.I.*, 1933, vol. II, pp. 569-664.
- SCHWARZENBERGER, Georg, « The Fundamental Principles of International Law », *R.C.A.D.I.*, 1955, vol. I, pp. 195-385.
- SERENI, A.P., « La représentation en droit international », *R.C.A.D.I.* 1948, vol. II, pp. 73-163.
- SØRENSEN, Max, « Principes de droit international public », *R.C.A.D.I.* 1960, vol. III, pp. 5-254.
- STRUPP, Karl, « Le droit du juge international de statuer selon l'équité », *R.C.A.D.I.* 1930, vol. III, pp. 357-481.
- VENTURINI, G., « La portée et les effets des actes unilatéraux des Etats », *R.C.A.D.I.* 1964, vol. II, pp. 367-467.
- WALDOCK, sir Humphrey, « General Course on Public International Law », *R.C.A.D.I.* 1962, vol. II, pp. 1-251.
- WITENBERG, J.-C., « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.* 1936, vol. II, pp. 1-105.

IV. ARTICLES ¹

- AKEHURST, Michael B., « Le principe de l'estoppel en droit administratif international », *Journal du droit international* 1966, pp. 285-300.
- ANAND, R.P., « Role of the 'New' Asian-African Countries in the Present International Legal Order », *A.J.I.L.* 1962, p. 383-406.
- ANZILOTTI, D., « Sugli effetti dell' inadempienza di obbligazioni internazionali avendi per oggetto una somma di danaro », *Rivista di Diritto internazionale*, 1913, p. 54 et ss.
- BARALE, Jean, « L'acquiescement dans la jurisprudence internationale », *A.F.D.I.* 1965, pp. 389-427.

1. Les abréviations suivantes sont utilisées pour désigner deux ouvrages d'où sont tirées certaines des études mentionnées :

— *Etudes en hommage à Paul Guggenheim* pour *Recueil d'études en hommage à Paul Guggenheim* (Genève : Faculté de Droit de l'Université de Genève/ Institut universitaire de hautes études internationales, 1968).

— *Manual of Public International Law* (ed. by Max Sørensen) pour *Manual of Public International Law* (edited by Max Sørensen ; Carnegie Endowment for International Peace ; Londres : Macmillan / New York : St Martin's Press, 1968).

- BASTID, Suzanne, « L'arbitrage international », *Juris-classeur de droit international public* (publié sous la direction de B. Goldmann ; Paris : Editions Techniques S.A., 1960-1966, 6 vol.), vol. II, Fascicules 245-250.
- BENTZ, Jacques, « Le silence comme manifestation de volonté en droit international public », *R.G.D.I.P.* 1963, pp. 44-91.
- BLONDEL, André, « Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 201-236.
- BOWETT, D.W., « Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *B.Y.B.I.L.* 1957, pp. 176-202.
- CAHIER, Philippe, « Le droit interne des organisations internationales », *R.G.D.I.P.* 1963, pp. 563-602.
- « Le comportement des Etats comme source de droits et d'obligations », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 237-267.
- CHARPENTIER, Jean, « Cour internationale de Justice, Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962) », *A.F.D.I.* 1964, pp. 327-352.
- COT, Jean-Pierre, « Jurisprudence et juridictions internationales, C.I.J., Affaire du Temple de Préhat Vihéar », *A.F.D.I.* 1962, pp. 217-247.
- « L'interprétation de l'accord franco-américain relatif au transport aérien international, Sentence arbitrale du 22 décembre 1963 », *A.F.D.I.* 1964, pp. 352-383.
- « L'affaire de la frontière des Andes (Sentence arbitrale de la reine Elisabeth II du 9 décembre 1966) », *A.F.D.I.* 1968, pp. 238-259.
- DELEAU, Olivier, « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *A.F.D.I.* 1969, pp. 8-23.
- DE VISSCHER, Charles, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1933, p. 415 et ss.
- « L'interprétation de l'accord France-Etats-Unis du 27 mars 1946, Sentence arbitrale du 23 décembre 1963 », *Revue belge de droit international*, 1966, p. 1 et ss.
- DOMINICÉ, Christian, « A propos du principe de l'estoppel en droit des gens », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 327-365.
- DUBOIS, Louis, « L'erreur en droit international public », *A.F.D.I.* 1963, pp. 191-227.
- FAVRE, Antoine, « Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 366-390.
- FITZMAURICE, sir Gerald, « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954 : General Principles, and Sources of Law », *B.Y.B.I.L.* 1953, pp. 1-70.
- FRIEDE, Wilhelm, « Das Estoppel-Prinzip im Völkerrecht », *Z.a.ö.R.V.* 1935, pp. 517-545.
- FRIEDMANN, W., « The Use of 'General Principles' in the Development of International Law », *A.J.I.L.* 1963, pp. 279-299.
- FURET, Marie-Françoise, « L'application des concepts du droit privé en droit international public », *R.G.D.I.P.* 1964, pp. 887-916.
- GROTTE, Michel de la, « Les affaires traitées par la Cour permanente de Justice internationale pendant la période 1926-1928 », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1929, p. 247 et ss.

- GUGGENHEIM, Paul, « Les deux éléments de la coutume en droit international public », *Mélanges Georges Scelle* (Paris : L.G.D.J., 1950), pp. 275-284.
- « Les origines de la notion autonome du droit des gens », *Symbolae Verzijl* (La Haye : Nijhoff, 1958), pp. 177-189.
- HOLOHAN, William V., « Legal Aspects of the Inter-Allied Debt », *Boston University Law Review* 1934, pp. 47-81.
- JOHNSON, D.H.N., « Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on December 23, 1906 », *I.C.L.Q.* 1961, pp. 322-337.
- « The Case concerning the Temple of Preah Vihear », *I.C.L.Q.* 1962, pp. 1197-1204.
- KEARNEY, Richard D., et DALTON, Robert E., « The Treaty on Treaties », *A.J.I.L.* 1970, pp. 495-561.
- KOPELMANAS, Lazare, « Custom as a Means of the Creation of International Law », *B.Y.B.I.L.* 1937, pp. 127-151.
- KUNZ, J.L., « Zum Begriff der 'Nation Civilisée' im modernen Völkerrecht », *Z.a.ö.R.V.* 1928, pp. 86-99.
- LALIVE, Jean-Flavien, « Quelques remarques sur la preuve devant la Cour permanente et la Cour internationale de Justice », *A.S.D.I.* 1950, p. 77-103.
- « Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'Etat et une société privée étrangère (*Sapphire International Petroleum Limited c./National Iranian Oil Company*) », *A.S.D.I.* 1962, pp. 273-302.
- LAUTERPACHT, Hersch, « Sovereignty over Submarine Areas », *B.Y.B.I.L.* 1950, pp. 376-433.
- LORENZ, W., « Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts », *Juristenzeitung*, 1962, p. 263 et ss.
- « General Principles of Law : Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *The American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 1 et ss.
- LOUIS, Jean-Victor, « L' 'estoppel' devant la Cour internationale de Justice. Arrêt du 24 juillet 1964 dans l'affaire de la 'Barcelona Traction' », *Revue de droit international et de droit comparé* 1965, 212-234.
- LUCCHINI, L., « Aspects juridiques de la frontière sino-indienne », *A.F.D.I.* 1963, pp. 278-299.
- MACGIBBON, I.C., « Estoppel in International Law », *I.C.L.Q.* 1958, pp. 468-513.
- McNAIR, Arnold D., « The Legality of the Occupation of the Ruhr », *B.Y.B.I.L.* 1924, pp. 31-37.
- « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *B.Y.B.I.L.* 1957, pp. 1-19.
- MANN, F.A., « Reflections on a Commercial Law of Nations », *B.Y.B.I.L.* 1957, pp. 20-51.
- MAREK, Krystyna, « Contribution à l'étude du *jus cogens* en droit international », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 426-459.
- « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *Revue belge de droit international* 1970, pp. 44-78.
- MAZEAUD, H., « La maxime 'error communis facit jus' », *Revue trimestrielle de droit civil* 1924, p. 929 et ss.
- MENZEL, Eberhard, « Estoppel-Prinzip », *Wörterbuch des Völkerrechts* (Strupp, K., et Schlochauer, H.J. ; 2^e éd. ; Berlin : de Gruyter, 1960-1962, 4 vol.), vol. I, pp. 441-442.
- MERIGNHAC, « De l'autorité de la chose jugée en matière de sentence arbitrale », *R.G.D.I.P.* 1898, pp. 606-625.

- MERON, Theodor, « Repudiation of *Ultra Vires* State Contracts and the International Responsibility of States », *I.C.L.Q.* 1957, pp. 273-289.
- MONCONDUIT, François, « Affaire du plateau continental de la mer du Nord », *A.F.D.I.* 1969, pp. 213-214.
- MOSCONI, Franco, « Il caso Flegenheimer », *Diritto internazionale* 1961, p. 78 et ss.
- « La dottrina dell' 'estoppel' in diritto internazionale », *Diritto internazionale* 1962, pp. 388-415.
- MOSLER, H., « Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte », *Z.a.ö.R.V.* 1962, pp. 1-48.
- MUGERWA, Nkambo Peter James, « Subjects of International Law », *Manual of Public International Law* (ed. by Max Sørensen), pp. 247-310.
- MUENCH, Fritz, « Quelques problèmes de la reconnaissance en droit international », *Miscellanea W.J. Ganshof Van der Meersch* (Bruxelles : Etablissements Emile Bruylant/Paris : L.G.D.J., 1972), pp. 157-172.
- PAUL, Vladimir, « Pojem 'estoppel' v mezinárodním právu veřejném », *Casopis pro mezinárodní právo* 1968, pp. 176-185.
- PARRY, Clive, « The Law of Treaties », *Manual of Public International Law* (ed. by Max Sørensen), pp. 1-54.
- PECOURT GARCIA, Enrique, « El principio del 'estoppel' en derecho internacional publico », *Revista Espanola de Derecho Internacional* 1962, pp. 98-139.
- « El principio dell 'estoppel' y la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia en el caso del Templo de Preah Vihear », *Revista Espanola de Derecho Internacional* 1963, pp. 153-166.
- PINTO, Roger, « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 », *Journal du droit international* 1961, pp. 1190 *in fine* - 1194.
- « Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, III. — Affaires du Plateau Continental de la Mer du Nord », *Journal du droit international* 1970, pp. 160-166.
- REUTER, Paul, « Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes du droit des gens* (Paris : Pedone, 1964), pp. 263-283.
- RUBIN, Alfred P., « The International Legal Effects of Unilateral Declarations », *A.J.I.L.* 1977, pp. 1-30.
- SCHLESINGER, R.B., et BONASSIES, P. « Le fond commun des systèmes juridiques. Observations sur un nouveau projet de recherches », *Revue internationale de droit comparé*, 1963, pp. 502-540.
- SCHLESINGER, R.B., et GUENDISH, J.H. « Allegemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen in Schiedsgerichtsverfahren », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1964, Heft 1, pp. 446.
- SCHINDLER, Dietrich, « Völkerrecht und Zivilisation », *A.S.D.I.* 1956, pp. 79-96.
- SCHWARZENBERGER, Georg, « Title to Territory : Response to a Challenge », *A.J.I.L.* 1957, pp. 308-324.
- SECRÉTAN, Roger, « Note sur la portée juridique du silence opposé à une lettre de 'confirmation' d'un contrat (ou prétendu contrat) », *Journal des Tribunaux* (Suisse), 1946, pp. 237-246.
- SHARMA, Surya P., « The India-China Border Dispute : An Indian Perspective », *A.J.I.L.* 1965, pp. 16-47.

- SIMONIUS, August, « Wandlung der Irrtumslehre in Theorie und Praxis », *Festgabe für Fritz Goetzinger* (Bâle : Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1935), pp. 260-264.
- « Ueber die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre », *Festgabe der Basler Juristenfakultät* (Bâle, 1942), pp. 235-282.
 - « Quelques observations sur le rôle de la doctrine dans l'application des dispositions générales du Code des obligations », *Semaine judiciaire* (Suisse), 1949, pp. 201-224.
 - « Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse », *Semaine judiciaire* (Suisse), 1949, pp. 505-528.
- STAEHELIN, Bernhard, « Estoppel und Vertrauensprinzip », *Aequitas und bona fides, Festgabe für August Simonius* (Bâle : Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955), pp. 381-399.
- SUY, Eric, « The concept of *jus cogens* in public international law », *The Concept of Jus Cogens in Public International Law* (Conference on International Law, Lagonissi, Greece, April 3-8, 1966) (Genève : Carnegie Endowment for International Peace, 1967), pp. 17-77.
- THÉVENAZ, Henri, « La Suisse, Etat mandataire », *A.S.D.I.* 1949, pp. 9-36.
- VALLÉE, Charles, « Quelques observations sur l'estoppel en droit des gens », *R.G.D.I.P.* 1973, pp. 949-999.
- VERDROSS, Alfred, « Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit international public », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 521-530.
- VERZIJL, J.H.W., « International Court of Justice, Case concerning the Temple of Preah Vihear », *Nederlands Tijdschrift voor International Recht* 1962, pp. 238-263.
- VIGNES, Daniel, « Commission de conciliation franco-italienne », *A.F.D.I.* 1962, pp. 363-376.
- VIRALLY, Michel, « Réflexions sur le *jus cogens* », *A.F.D.I.* 1966, pp. 5-29.
- « The Sources of International Law », *Manual of Public International Law* (ed. by Max Sørensen), pp. 116-174.
 - « Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international », *Etudes en hommage à Paul Guggenheim*, pp. 531-554.
- WAELEBROECK, Michel, « L'acquiescement en droit des gens (Commentaires de l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 18 novembre 1960) », *Rivista di diritto internazionale* 1961, pp. 38-53.
- WEISSBERG, Guenter, « Maps as Evidence in International Boundary Disputes : A Reappraisal », *A.J.I.L.* 1963, pp. 781-803.
- WITENBERG, J.C., « Vers l'arbitrage ? Un aspect juridique du problème des créances américaines », *Journal du droit international* 1932, pp. 1214-1217.
- « L'estoppel, Un aspect juridique du problème des créances américaines », *Journal du droit international* 1933, pp. 529-538.
- YUNG, Walter, « L'acceptation par le silence d'une offre de contracter », *Mélanges Roger Secrétan* (Montreux : Impr. Corbaz, 1964), pp. 339-357.

INDEX DES AFFAIRES CITEES

(Les chiffres renvoient aux pages et non aux paragraphes de l'ouvrage.
La lettre *n* signifie que la référence concerne une note de bas de page.)

I. — DECISIONS DE TRIBUNAUX NATIONAUX

ETATS-UNIS.

— *Dicketts v. Scothorn* (1898): 32 *n* 131.

ROYAUME-UNI.

- *Ajayi (trading under the name and style of The Colony Carrier Co.) v. R.T. Briscoe (Nigeria), Ltd.* (1964): 37 *n* 154.
- *Brook v. Hook* (1871): 25 *n* 88.
- *Burkinshaw v. Nicolls* (1878): 39 *n* 167.
- *Canada and Dominion Sugar Co., Ltd., v. Canadian National (West Indies) Steamships, Ltd.* (1947): 18 *n* 48.
- *Cave v. Mills* (1862): 38 *n* 159, 73 *n* 43.
- *Central London Property Trust, Ltd. v. High Trees House, Ltd.* (généralement désigné: *High Trees Case*) (1947): 32 *n* 128, 36 *n* 153.
- *Central Newbury Car Auctions, Ltd. v. Unity Finance, Ltd.* (1956): 27 *n* 100.
- *Citizen's Bank of Louisiana v. First National Bank of New Orleans* (1873): 18 *n* 50.
- *Combe v. Combe* (1951): 17 *n* 46, 36 *n* 151.
- *Duchess of Kingstone's Case* (1776): 50 *n* 225.
- *Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. Selfridge and Co., Ltd* (1915): 30 *n* 116.
- *Freeman v. Cooke* (1848): 16 *n* 43, 291 *n* 165.
- *Halifax Union v. Wheelwright* (1875): 73 *n* 44.
- *Handler v. Mutual Reserve Fund Life Association* (1871): 25 *n* 89.
- *Hollington v. F. Hewthorn & Co., Ltd.* (1943): 58 *n* 272.
- *Hughes v. Metropolitan Rail Co.* (1877): 34 *n* 138.
- *Jorden v. Money* (1854): 22 *n* 68.
- *Kai Nam v. Ma Kam Chan* (1956): 22 *n* 72.
- *Low v. Bouverie* (1891): 17 *n* 45.
- *Lowe v. Lombank, Ltd.* (1960): 26 *n* 90.
- *Lyle-Meller v. A. Lewis & Co. (Westminster), Ltd.* (1956): 35 *n* 142.
- *Maddison v. Alderson* (1883): 22 *n* 68.
- *Mercantile Bank of India, Ltd. v. Central Bank of India, Ltd.* (1938): 18 *n* 48.

- *Pickard v. Sears* (1837): 16 n 43, 98 n 142, 106, 174 n 430, 175 n 438, 191 n 521.
- *Pierson v. Altraincham Urban District Council* (1917): 291 n 166.
- *Seton, Laing & Co v. Lafone* (1887): 291 n 166.
- *Territorial and Auxiliary Forces Association of London v. Nichols* (1949): 22 n 72.
- *Tool Metal Manufacturing Co., Ltd. v. Tungsten Electric Co., Ltd.* (généralement désigné: *Tool Metal Case*) (1950 et 1955): 34 n 136.
- *Woodhouse A.C. Israel Cocoa Co., Ltd., S.A. v. Nigerian Produce Marketing Co, Ltd.* (1972): 36 n 153.

SUISSE.

- *Forces hydrauliques de Saint-Gall et Appenzel S.A. c. Linthal, commune* (1963): 234 *in fine* - 235.

II. — AFFAIRES INTERNATIONALES

(On mentionne par ordre alphabétique l'ensemble des affaires prises en considération dans les deuxième et troisième Parties de l'ouvrage, sans juger nécessaire de retenir les divisions et subdivisions, souvent établies, entre les affaires tirées de la pratique gouvernementale et diplomatique des Etats et les affaires judiciaires et arbitrales (arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la C.P.J.I. et de la C.I.J.; décisions d'autres tribunaux judiciaires internationaux; décisions de tribunaux arbitraux internationaux); des références précises sont données à ce sujet pour chacune de ces affaires dans le corps même de l'ouvrage. Les chiffres en italique se réfèrent à un développement étendu.)

- *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada (Tinoco) Case* (voir: *Tinoco*).
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (ordonnance du 10 avril 1961): 158 n 360.
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (exceptions préliminaires, 1964): 66 n 7, 69, 70 n 39, 93 n 124, 139 n 299, 140, 157-165, 168, 183, 191, 200 n 555, 204, 213 n 638, 214 n 647, 229, n 709, 259 n 10, 262, 264, 272 n 82, 279, 297, 299-300, 303 n 216, 310, 318 n 286, 319 n 292, 323, 332.
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (deuxième phase, 1970): 86 *in fine* - 87, 201.
- *Chamizal* (1910): 197 *in fine* - 198.
- *Chemin de fer de Delagoa* (1900): 225 n 693.
- *Chorzów* (voir: *Usine de Chorzów*).
- *Certains emprunts norvégiens* (arrêt, 1957): 66 n 7, 147 n 324, 151 *in fine* - 152, 259 n 12, 272 n 82, 276 n 98, 288.
- *Compétence de la Commission européenne du Danube* (1927): 68, 93 *in fine* - 96, 139 n 300, 259 n 12, 261, 272 n 82, 286-287, 294, 302, 303, 319 n 294.
- *Concessions Mavrommatis en Palestine* (ou: *Mavrommatis*) (1924): 78 n 62, 274 n 93.
- *Corvaia* (1903): 68, 139 n 298, 141 *in fine* - 142, 176 n 441, 204, 215, 246, 259 n 10, 263, 272 n 82, 296, 333 n 1.

- Cour de Justice des Communautés européennes, *Affaires jointes* Nos 41-59 et 50-59 (1960): 238 n 763.
- Croft (1856): 176, 179-180, 182 n 474, 197, 208, 278.
- Délimitation de la frontière sino-indienne (ou : Frontière sino-indienne) (1954-1964): 76 in fine - 77, 196.
- Détroit de Corfou (fond, 1949): 225 n 692, 228 n 703.
- Dettes interalliées (problème des créances américaines; moratoire Hoover) (1933): 140 n 301, 181 n 472, 182 n 474.
- Différends Sociétés Dufay et Gigandet et autres (1962): 66 n 7, 89, 197, 219 n 662, 229 n 711.
- Droit d'asile (1950): 84 in fine.
- Droit de passage sur territoire indien (fond, 1960): 223 n 678.
- Droit de préférence réclamé par les Puissances bloquantes au Venezuela (ou : Traitement préférentiel de réclamations contre le Venezuela) (1904): 98 n 137, 108 n 186, 176, 177-178, 182 n 474.
- El Triunfo (voir: Salvador Commercial Company).
- Emprunts brésiliens (1929): 69, 79 n 39, 151, 152, 268.
- Emprunts serbes (1929): 66 n 7, 69, 70 n 39, 78 n 62, 93 n 124, 102 in fine, 108 in fine, 113 n 216, 116, 124 in fine, 128 n 269, 139 n 299, 147-151, 152, 155, 157, 168 in fine, 181, 182, n 475, 190, 204, 229, n 709, 259 n 10, 262, 264, 267, 268, 272 n 82, 276, 288, 296, 310, 310 n 294.
- Emprunts texans (1854): 67 in fine - 68, 182 n 474.
- Essais nucléaires (arrêts, 1974): 258 n 7, 275 n 93.
- Fabiani (1896): 225 n 693.
- Flegenheimer (1958): 69, 87 in fine - 89, 197, 212, 219, n 662, 229 n 711, 276 n 98, 323.
- Fonds pieux des Californies (1902): 79-80, 98 n 137, 108 n 186, 128 n 269, 174 in fine, 176 n 442, 182 n 474, 211, 251 n 810.
- Frontières de l'Alaska (1903): 124 n 250, 176 n 442.
- Frontières des Andes (1966): 69, 89 in fine - 91, 122 n 243, 129 n 271, 197, 209, 213 n 638, 219 n 662, 229 n 711, 266 n 47, 303 n 216.
- Frontière de la Guyane britannique (voir: Guyane britannique).
- Frontière occidentale indo-pakistanaise (ou: Rann of Kutch Arbitration) (1968): 91-92, 122 n 243, 129 n 271, 201, 209, 219 n 662, 229 n 711, 266 n 47.
- Frontière sino-indienne (voir: Délimitation de la frontière sino-indienne).
- Grisbadarna (1909): 279, 292 n 167.
- Groënland oriental (voir: Statut juridique du Groënland oriental).
- Guyane britannique (ou: Frontière de la Guyane britannique) (1899): 66 n 6, 68, 98 n 137, 139 n 298, 140-141, 176 n 441, 209, 263, 272 n 82, 296, 319 n 294.
- Haya de la Torre (1951): 250 n 806.
- Hilpern (1955): 200 n 557.
- Hopkins (1926): 66 n 6, 145.
- Indemnité russe (1912): 176, 178-179, 209 in fine - 210, 211.
- Jansen (1868): 143 n 312 et n 314.
- Jarvis (1862): 143 n 312 et n 314.
- Kahane c. Parisi et Etat autrichien (1929): 198-199.
- Kramata c. Empire allemand (1923): 198 n 554, 199 n 555.
- Kunkel c. Etat polonais (1925): 155 n 348, 198 n 554, 200 n 555.

- Landreau (1922): 81, 128 n 269, 196, 210.
- Lisman (1937): 283.
- Losinger (ordonnance, 1936): 66 n 7, 69, 103 in fine - 106, 109, 139 n 300, 212, 229 n 709, 259 n 12, 261, 272 n 82, 282.
- Mavrommatis (voir : *Concessions Mavrommatis en Palestine*).
- Mer de Behring (1893): 98 n 137, 124 n 250, 174 in fine - 175, 176.
- Minquiers et Ecréhous (1953): 85, 128 n 269, 201, 213 n 638, 279 n 115.
- M.S. Departement of State, file 359/1 (*The Acting Secretary of State (Adee) to the Swedish Chargé d'affaires (Egrenken), Mar. 22, 1907*): 75.
- Navires finlandais réquisitionnés dans des ports britanniques pendant la première guerre mondiale (voir : *Réclamation formulée par le Gouvernement finlandais contre le Gouvernement britannique au sujet de navires finlandais utilisés pendant la guerre par le Gouvernement britannique*).
- Nottebohm (deuxième phase, 1955): 66 n 6, 69, 78 n 62, 107-111, 128 n 269, 139 n 300, 147 n 324, 184 in fine, 185 n 484, 203, 212, 229 n 709, 230, 259 n 12, 262, 272 n 82, 276 n 98, 278 in fine - 279, 287, 295, 304 n 220, 319 n 293.
- Or monétaire pris à Rome en 1943 (1954): 69, 139 n 299, 147 n 324, 154 in fine - 157, 259 n 10 et n 12, 262, 272 n 82, 297, 319 n 293.
- Pêcheries (1951): 279.
- Pinson (1928): 284.
- Plateau continental de la mer du Nord (1969): 66 n 7, 69, 70 n 39, 71 n 40, 93 n 124, 139 n 299, 140, 163 n 381, 165-172, 191 in fine, 193 n 531 et n 532, 204, 214 n 647, 222 n 678, 229 n 709, 242 n 774, 259 n 10 et n 11, 264, 267, 268, 269, 272 n 82, 276, 288, 297, 300 n 203, 303 n 216, 310, 315, 332.
- Purfürst c. Vitous (1958): 81 in fine - 82, 197.
- Rann of Kutch Arbitration (voir : *Frontière occidentale indo-pakistanaise*).
- Réclamation formulée par le Gouvernement finlandais contre le Gouvernement britannique au sujet de navires finlandais utilisés pendant la guerre par le Gouvernement britannique (ou : *Navires finlandais réquisitionnés dans des ports britanniques pendant la première guerre mondiale*) (1931): 75 in fine - 76, 196.
- Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1951): 223 n 678.
- Rychnewsky et Alt c. Empire allemand (1923): 198 n 554, 199 n 555.
- Sahara occidental (1975): 87, 202, 213 n 638.
- Salvador Commercial Company (ou : *El Triunfo*) (1902): 68, 80, 128 n 269, 196, 324.
- Santa Isabel (1926): : 68, 113 n 216, 139 n 298, 145 in fine - 147, 182 n 475, 259 n 10 et n 11, 263, 272 n 82, 278, 288.
- Sapphire International Petroleums Ltd. c. National Iranian Company (1963): 223 n 683.
- Schultz (1871): 143 n 312 et n 314.
- Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (1960): 66 n 6, 69, 70 n 39, 111 in fine - 121, 133, 136, 139 n 300, 147 n 324, 159, 160, 184 in fine, 185 n 484, 187, 188, 204, 208, 211 n 625, 213 n 638, 229 n 709, 259 n 12, 262, 272 n 82, 287, 295, 299, 305 n 220.

- *Service postal polonais à Dantzig* (1925): 251 n 810.
- *Sharpe* (1871): 78 *in fine* - 79.
- *Shufeldt* (1930): 69, 108 n 186, n 269, 139 n 298, 152 *in fine* - 154, 182 n 475, 190, 204, 259 n 10, 264, 272 n 82, 269, 319 n 294.
- *Statut international du Sud-Ouest africain* (1950): 86 n 96, 155 n 348.
- *Statut juridique du Groënland oriental* (ou : *Groënland oriental*) (1933): 66 n 7, 69, 70 n 39, 96-103, 108 n 186, 139 n 300, 155 n 348, 203, 207, 213 n 638, 252, 259 n 12, 261, 264, 287, 294-295, 300, 319 n 294.
- *Sud-Ouest africain* (exceptions préliminaires, 1962): 86, 201.
- *Sud-Ouest africain* (deuxième phase, 1966): 223 n 678.
- *Temple de Préah Vihéar* (exceptions préliminaires, 1961): 274 n 93.
- *Temple de Préah Vihéar* (fond, 1962): 66 n 7, 69, 70 n 39 et n 40, 90, 91, 119 n 235, 121 *in fine* - 138, 139 n 300, 147 n 324, 159, 160, 184 *in fine*, 185 n 484, 187, 188, 195, 197 n 550, 201 n 562, 202, 204, 208, 213 n 638, 214, 229 n 709, 239 n 765, 240 n 768, 259 n 11 et n 12, 262, 264, 266, 269, 270 n 71, 272 n 82, 276 n 98, 280, 281, 285 n 139, 287 *in fine* - 288, 295-296, 297-298, 303 n 216, 305 n 220, 315, 317, 318 n 286, 319 n 294, 326, 329.
- *Tiedemann c. Etat polonais* (1926): 198 n 554, 200 n 555.
- *Tinoco* (ou : *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada (Tinoco) Case*) (1923): 66 n 6, 68, 98 n 137, 139 n 298, 142-145, 174 *in fine*, 176 n 441, 182 n 475, 190, 204, 259 n 10, 263, 272 n 82, 288, 296.
- *Traitement préférentiel de réclamations contre le Venezuela* (voir : *Droit de préférence réclamé par les Puissances bloquantes au Venezuela*).
- *Turkish Guaranteed Loan (Report of the Law Officers of the Crown of 14 January 1878, on the)* (1855): 75, 209.
- *Usine de Chorzów* (ou : *Chorzów*) (Compétence, 1927): 83, 84, 88 n 105, 104, 109 n 193, 182 n 474, 190 n 517, 212, 225 n 692.
- *Waghorn* (1957): 210 n 620.
- *Yukon Lumber Company* (1910): 209 n 611, 282 *in fine* - 283.

INDEX ANALYTIQUE

(Les chiffres renvoient aux pages et non aux paragraphes de l'ouvrage. Les chiffres en italique se réfèrent à un développement étendu. La lettre *n* signifie que la référence concerne une note de bas de page.)

A

Accord : 205.

- exprès : 189.
- tacite : 91, 184, 189.
- verbal (en droit anglais) : 30.
- Théorie de l'— implicite, fondement juridique de l'*estoppel* : 133 *in fine*, 306, 307-315, 322, 335.

Acquiescement

- en droit anglais : 46-47.
- en droit international : 77, 81, 91-92, 111-121 (*passim*), 125-135 (*passim*), 170 *in fine* - 171, 175, 178, 185, 189, 201, 202-203, 205, 208, 212, 307, 335.

(Voir aussi : *Estoppel by acquiescence*).

Acquiescence (voir : Acquiescement).

Act (voir : Acte).

Acte

- d'un sujet de droit international : 65, 78, 85, 90, 97, 101, 110, 111, 123, 127, 128, 163, 169, 185, 193-212 (*passim*) 273-303 (*passim*). (Voir aussi : Droit anglais ; *Representation* ; Représentation des choses).
- conventionnel : 205-210, 308-309.
- illicite (contraire au droit) : 82-84, 104-106, 109 *n* 193, 190, 212, 311 (voir aussi : Déchéance d'une Partie).
- mixte : 308 *n* 239.
- positif : 275.
- juridique international : 70, 97, 102-103, 205-210.
- Définition de l'— : 205-206.
- Théorie de l'— : 189, 267, 308-313, 335.
 - unilatéral : 134, 171, 185, 205-210.
 - Acquiescement : 135.
 - Désistement d'instance : 162.
 - Reconnaissance : 135, 185.

(Voir aussi : *Doctrina de los actos propios* ; Droit anglais (Acte) ; Validité et nullité des actes juridiques).

Adjective law : 19, 270.

Administration des preuves (voir : Preuve).

Admissibilité des preuves (voir : Preuve).

Admission : 169, 180, 191, 194-204, 206, 207, 335. (Voir aussi : Acquiescement ; Reconnaissance).

Advantage (voir : Avantage).

Aequitas (voir : Équité).

Affirmative answer (voir : Droit anglais).

Agency (voir : Droit anglais).

Allegans contraria non audiendus est : 29, 38, 73, 90, 113, 115, 118, 129, 135, 159, 160 *n* 369, 170, 175, 186, 188, 204 *n* 573, 240, 269, 302 *n* 210, 303.

American Law Institute (voir : Droit américain).

Answer (voir : Droit anglais).

Apparence : 124, 182 *n* 476, 293, 306, 314.

Théorie de l'— :

— en droit allemand : 238.

— en droit français : 236-237, 238, 314.

— en droit italien : 239.

(Voir aussi : Nationalité apparente).

Arbitrage international

Influence du droit anglo-américain sur l'— : 67, 139.

Attitude

— d'un sujet de droit : 15, 20, 74, 85, 94, 100, 102, 105, 107, 109-110, 117, 123, 126, 128, 129, 150, 155, 163, 170, 313.

(Voir aussi : Comportement ; Conduite ; *Representation* ; Représentation des choses).

Autorité de la chose jugée (voir : Chose jugée).

Audience (voir : Droit anglais).

« **Autrefois convict** » (voir : Droit anglais).

Avantage (Advantage, Benefit)

—, élément constitutif de l'*estoppel* : 114, 116, 126, 127, 130, 131, 133, 135, 154, 155, 294-300.

Aveu

— extra-judiciaire (comme mode de preuve) : 278 *n* 110.

— judiciaire : 117 *in fine* - 118.

B

Bar (voir : Droit anglais).

Benefit (voir : Avantage).

Bond (voir : Droit anglais).

Bonne foi

— en droit allemand : 238-239.

— en droit français : 236-237.

— en droit suisse : 234-236.

— et *estoppel* : 71 *in fine*, 88, 105, 106, 108, 110, 112-115 (*passim*), 118, 120, 121, 123, 132, 135, 141, 159, 183, 188, 230, 231, 293.

— principe général de droit : 221.

Théorie de la —, fondement juridique de l'*estoppel* : 37-38, 185, 304-306.

C

Causa petendi (voir : Chose jugée).

Cause of action estoppel (voir : *Estoppel by res judicata*).

Chambre des Lords (voir : Droit anglais).

Champ d'application de l'estoppel

— *by representation* : 45-48.

— en droit international : 185, 188, 193-215, 334-335.

— strictement défini en droit international

en matière d'*admissions* : 202, 204.

en matière d'actes juridiques : 210.

(Voir aussi : Nationalité ; Procédure ; Territoire ; Validité et nullité des actes juridiques).

Charte des Nations Unies (voir : Nations Unies).

Chose jugée.

Autorité de la — en droit international : 80, 112, 244.

Causa petendi : 250, 251, 253.

Doctrines de la — en droit international : 247-253.

Règle du *stare decisis* : 217, 244.

(Voir aussi : Droit anglais (*Court of record, Record, Verdict*) ; *Estoppel by res judicata* ; Jugement ; Maximes juridiques ; Plea).

Civil Evidence Act (1968) (voir : Droit anglais).

Coercion (voir : Contrainte).

Collateral estoppel (voir : *Estoppel by res judicata*).

Collusion (voir : Droit anglais).

Commission (s)

— du droit international des Nations Unies (voir : Nations Unies).

— mixtes de réclamations : 67.

Common law : 4 n° 9, 9, 35, 90, 173, 180, 183, 188, 217, 218, 230, 231, 242, 257, 266, 273, 282, 292, 331.

Ecole de la — : 137, 139, 243.

Estoppel, règle de la — : 72, 131, 139, 173, 229, 230, 247, 257, 273, 307, 309, 332.

Pays (Etats) de la — : 2, 65, 66, 74.

Comportement

— d'un sujet de droit : 15, 65, 74, 78, 107, 110, 112-119 (*passim*), 127, 165, 166, 171, 172, 185, 193-212 (*passim*), 273-303 (*passim*), 312-313.

(Voir aussi : Attitude ; Conduite ; *Representation* ; Représentation des choses).

Conditions d'application de l'estoppel (voir : *Estoppel*, éléments constitutifs).

Conduite (Conduct)

— d'un sujet de droit : 15, 85, 86, 90, 94-95, 116-120 (*passim*), 129-136 (*passim*), 167-172 (*passim*), 193-212 (*passim*), 273-303 (*passim*).

(Voir aussi : Attitude ; Comportement ; *Estoppel by conduct* ; *Representation* ; Représentation des choses).

Confiance (voir : Principe de la confiance).

Consideration (doctrine de la) (voir : Droit anglais).

Consistency (Inconsistency) (voir : Contradiction).

Consolidation d'un titre : 123.

Consuetudo (voir : Droit international coutumier).

Contradiction (non-)

— dans les déclarations, actes ou comportements d'une Partie : 65-66, 71, 90, 94-95, 105, 107, 110, 116, 123, 127, 128, 159, 195, 230, 240.

—, élément constitutif de l'*estoppel* : 28-29, 301-303.

Contrainte (voir : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel*).

Coercion (voir : Contrainte).

Contrat (Contract) (voir : Droit anglais ; Droit suisse).

Convention

- de Genève sur le plateau continental (1958) : 165-172 (*passim*).
art. 6 : 165-172 (*passim*), 265, 268.
- de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités (1978) : 285.
- de Vienne sur le droit des traités (1969).
art. 45 : 187 n 503.
art. 48 : 325.
art. 49 : 325 n 319 et n 321, 326 n 329.
art. 50 : 325 n 319 et n 322, 326 n 330.
art. 51 : 325 n 319 et n 323, 327.
art. 52 : 325 n 319 et n 323, 327.
art. 53 : 328.
art. 66 : 328.

(Voir aussi : C.D.I., Projet d'articles sur le droit des traités).

Corruption (voir : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel* en droit international).

Cour

- de Justice des Communautés européennes : 200 n 557, 223, n 683, 238, 253 n 815.
- de La Haye : 70, 93, 147.
et les principes généraux de droit : 222, 227.
- européenne des Droits de l'Homme : 223 n 683.
- internationale de Justice
Règlement : 319 *in fine*.
de 1946
art. 62 : 156, 159, 320 n 296.
art. 69 : 157, 158, 162.
de 1974
art. 67 : 156, 320 n 296.
art. 74 : 157 n 359.
Statut : 217 n 654.
art. 9 : 227.
art. 38 : 4, 216-217, 225.
par. 1b) : 242.
par. 1c) : 219 et ss.
par. 1d) : 217 n 654, 244.
par. 2 : 218, 221.
art. 39 : 5.
- permanente de Justice internationale
Statut :
art. 38, par. 3 : 219 et ss.
par. 4 : 221.
art. 59 : 248.
art. 63 : 253 n 815.
Comité consultatif des Juristes chargé de l'élaborer : 220 et ss.

(Voir aussi : Droit anglais (Cour de la Chancellerie, Cour de l'Echiquier, Cour d'*Equity*, *Court of Record*, *Curia Regis*)).

Coutume (voir : Droit international coutumier).

Covenant (voir : Droit anglais).

Cross-estoppel (voir : *Estoppel*).

Cross-representation (voir : *Representation*).

Customary case-law (voir : Droit international coutumier jurisprudentiel).

D

Damage (voir : Dommage).

Déchéance

— d'un droit : 70, 74, 189.

— d'une Partie : 78.

en droit allemand : 238 *in fine* - 239.

en raison de la non-observation d'une règle juridique : 210-212.

en raison du caractère illicite de l'un de ses actes : 212.

Décision judiciaire (voir : Jugement).

Déclaration

— de Londres de 1909 : 220 *n* 665.

— de volonté : 14, 313-314.

— d'un sujet de droit international : 90, 97 *n* 134 et *n* 135, 113, 118, 129, 131, 146, 166, 167, 169, 274-303 (*passim*).

— du représentant d'un Etat devant un tribunal international : 106, 282-284.

— expresse : 312, 314.

— Ihlen : 97, 99, 103.

— sans forme : 13.

Absence de — : 118.

Rétractation des — : 117.

(Voir aussi : Manifestation de volonté ; *Representation* ; Représentation des choses).

Deed (voir : Droit anglais).

Défense au fond (voir : Nature juridique de l'*estoppel* ; Procédure (notions fondamentales)).

Demande reconventionnelle (voir : Procédure (notions fondamentales)).

Déni de justice : 220 *n* 665.

Désistement d'action ou d'instance : 54 *n* 249, 157-165 (*passim*), 319 *n* 292.

Doctrina de los actos propios : 91, 239.

Doctrine (des publicistes)

— anglaise : 37, 73.

— internationale

en tant que source du droit : 218.

et *estoppel* : 70, 71, 97, 98, 113, 114, 116 *in fine*, 173-192.

— socialiste et principes généraux de droit : 227 *in fine* - 228.

Dol (voir : Fins de non recevoir contre l'*estoppel*).

Dommage (voir : Préjudice).

Droit

— allemand (voir : Droit comparé).

— américain

et doctrine du *promissory estoppel* : 22, 30, 31, 32-33.

American Law Institute : 33.

Restatement of the Law of Contracts (1932) : 33.

— anglais

Actes de commission : 15.

— juridiques : 10, 11.

— non scellés : 30.

- Acts in pais* (ou : *in pais*) : 11, 46 n 210.
Agency : 45.
— *by estoppel* (voir : *Estoppel* en droit anglais).
Answer : 41 n 178.
Affirmative — : 41 n 178, 60 n 284.
Audience : 59.
« Autrefois convict » : 51 n 229.
Plea of — : 52 n 231.
Bailee : 46.
Bailor : 46.
Bar
— *to subsequent proceedings* : 51, 52, 248.
— *by estoppel* : 17 n 45, 144 n 314.
Bond : 20 n 58.
Chambre des Lords : 61.
Chancelier : 9, 333.
Civil Evidence Act (1968) : 58 n 272.
Coercion : 43 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation*).
Collusion : 60, 61 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by res judicata*).
Consideration (doctrine de la) : 30-36, 267.
Valuable — : 31.
Contract (Contrat)
— *by parol* : 30.
— de vente : 31.
— implicite (théorie du) : 39 (voir aussi : Fondement juridique de l'*estoppel by representation*).
— scellé : 30.
Droit des — : 13, 30-36 (*passim*), 48. •
Simple — : 30.
(Voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by res judicata*).
Cour
— de la Chancellerie : 9, 12.
— de l'Echiquier : 73.
— d'*Equity* : 9, 12, 55, 231.
— de Westminster : 9.
Court(s) of Records : 11, 12, 49 n 220, 55.
— *not of record* : 49 n 220, 55.
Inferior — : 55.
Superior — : 55.
Covenant : 20 n 58.
Curia Regis : 10, 11.
Deed : 11, 20 n 58, 30 (voir aussi : *Estoppel* en droit anglais (*Estoppel by deed*)).
Duress : 43 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation*).
Encouragement : 21 n 62, 46 n 212.
Existing facts : 20, 21-22, 30, 274.
Fraud : 41, 43, 60, 61, 325 n 321 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation* et contre l'*estoppel by res judicata*).
Habeas corpus (*writ of*) : 54 n 243, 58.

- Identity of subject-matter* : 56.
Illegality : 43-44 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'estoppel by representation).
Issue of fact : 56, 250.
Judicature Acts (1873 et 1875) : 40, 59, 317.
Judicial tribunal : 55.
Judicium Dei : 10.
Laches : 21 n 62.
Landlord : 46.
Law Revision Committee : 31, 32, 34.
Licensee : 47.
Lyng by : 21 n 62.
Merits : 51, 248.
Oath : 10.
Ommission : 15, 20.
Patentee : 47.
Personne juridiquement capable : 23.
Pleadings : 40, 41, 53 n 239, 59.
Public Act of Parliament : 11, n 27.
Question of law : 56, 250.
Recitals : 20 n 58.
Record : 10, 11, 53, 55.
Rules of the Supreme Court : 40 n 174.
Sceau
— privé : 11.
— royal : 11.
Sentence arbitrale : 61 n 287 et n 290.
Specialty : 30.
Standing by : 21 n 62.
Statement (voir : Déclaration).
Statute law : 20 in fine.
Tenant : 46.
Transaction : 53 n 239.
Verdict : 53 n 239.
Waiver : 21 n 62, 83, 84.
— of rights : 130.
(Voir aussi : *Acquiescence* ; *Election* ; *Equity* ; *Estoppel* en droit anglais ; *Jugement* ; *Misrepresentation* ; *Plea* ; *Preuve* ; *Promise* ; *Representation* ; *Représentation* (institution de la)).
— **anglo-américain** : 67, 218, 249, 331.
— **anglo-saxon** : 9 n 1, 150.
— **canon** (voir : Droit comparé).
— **comparé**.
Analyse de — pour dégager un principe général de droit : 225-227.
L'estoppel en — : 65, 95, 185, 229-240.
Droit allemand : 237-239 (voir aussi : Apparence (théorie de l')).
— canon : 149, 233.
— espagnol : 239 (voir aussi : *Doctrina de los actos propios*).
— français : 118, 236-237 (voir aussi : Apparence (théorie de l')).
— italien : 239 (voir aussi : Apparence (théorie de l')).
— musulman : 170.
— naturel : 233.
— post-romain : 149, 233.

- quiritaire : 231, 232.
 - romain : 230-233.
 - suisse : 233-236 (voir aussi : Principe de la confiance).
 - **de fond** : (voir : Nature juridique de l'*estoppel*).
 - **des traités** (voir : Traités).
 - **espagnol** (voir : Droit comparé).
 - **français** (voir : Droit comparé ; Procédure).
 - **international coutumier** (Coutume internationale)
Estoppel, règle de — : 240 *in fine* - 246.
Théorie du — : 242-243.
Eléments constitutifs de la — : 225 n 689, 242, 245.
Consuetudo (pratique uniforme et constante) : 225 n 689, 228, 242, 243, 245.
Opinio juris : 225 n 689, 228, 242, 243, 245.
Précédents d'où naît la — : 243.
 - jurisprudentiel (*customary case-law*) : 4, 243-246, 333.
 - **italien** (voir : Droit comparé).
 - **judiciaire** : 218, 244, 270, 332.
 - **matériel** (voir : Nature juridique de l'*estoppel*).
 - **musulman** (voir : Droit comparé).
 - **naturel** : 221 n 665 (voir aussi : Droit comparé).
 - **post-romain** (voir : Droit comparé).
 - **procédural** (voir : Nature juridique de l'*estoppel* ; Procédure).
 - **quiritaire** (voir : Droit comparé).
 - **romain** : 219, 241 n 770.
Digeste : 231.
Mancipatio : 231.
Préteur : 9, 231.
Res judicata : 56 n 260, 248, 252 n 813.
(Voir aussi : Droit comparé).
 - **suisse** (voir : Droit comparé).
- Duress** (voir : Droit anglais ; Fins de non-recevoir contre l'*estoppel*).

E

Economie des notions

- dans l'ordre international : 189, 332.

Effet relatif de l'*estoppel* (voir : *Estoppel*).

Election

- *by estoppel* : 46 n 207 (voir aussi : *Estoppel* en droit anglais (*Estoppel by election*)).

Rule of — of remedies : 282-283.

Eléments constitutifs de l'*estoppel* (voir : *Estoppel*).

Encouragement (voir : Droit anglais).

Epuisement des recours internes : 104-105.

Équité (*ex æquo et bono*) : 67 n 10, 134, 188, 217, 221 *in fine*, 240.

- , à distinguer de l'*equity* : 142 n 311, 218.

Equity : 13, 146, 170.

- , à distinguer de l'équité : 142 n 311, 218.

Règles de l'— : 9, 333.

Erklärungstheorie : 234.

Erreur (voir : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel*).

Estoppel

Origine du terme d' — : 1-2.

— **en droit anglais** : 7-62.

Développement de l'— : 12-13.

Formes de l'— : 3, 13 *in fine* - 14, 331.

Origine de l'— : 10-12.

Portée actuelle de l'— : 13-14.

Estoppel by representation : 3, 13, 14, 15-47, 52, 61, 62 et *passim* dans les 2^e et 3^e Parties de l'ouvrage.

Catégories de l'— :

Estoppel between bailor and bailee : 46.

— *between landlord and tenant* : 46, 47 n 216.

— *by acquiescence* : 46-47, 235, 267.

— *by agency* (ou : *Agency by estoppel*) : 45, 235.

— *by conduct* : 20 n 59, 66, 170, 174.

— *by deed* : 11, 13 n 33, 40.

— *by election* : 46, 155-156, 282 n 128.

— *by encouragement* : 46 n 212.

— *by negligence* : 20 n 60.

— *by statement* : 20 n 58.

— *by waiver* : 46.

— *in pais* (ou : *in pais*, ou : *by matter in pais*) : 11-12, 13, 40, 60 n 285, 79, 98, 190.

Promissory estoppel : 17, 22, 29-37, 232, 258, 260, 267.

Controverses sur le — : 34-36.

Portée actuelle du — : 36-37.

Cross-estoppel : 41, 44 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'—).

Définition de l'— : 15-16.

Effets de l'— : 16-19.

Effet relatif de l'— : 28.

Éléments constitutifs de l'— : 19-29, 33, 34, 35, 79, 80, 87, 98, 272-303 (*passim*).

(Voir aussi : Acte ; Attitude ; Avantage ; Comportement ; Conduite ; Contradiction ; Incitation ; Modification des positions ; Préjudice ; *Representation* ; Représentation des choses).

Equitable estoppel : 13, 32 n 129, 142, 144, 145, 190, 195, 218, 296.

Fondement juridique de l'— : 37-39, 304 (voir aussi : Droit anglais (Théorie du contrat implicite) ; Bonne foi (théorie de la) ; Responsabilité (théorie de la)).

Mise en œuvre de l'— : 39-41, 137, 316, 317, 320.

(Voir aussi : Champ d'application de l'— ; Fins de non-recevoir contre l'— ; Nature juridique de l'— ; *Quasi-estoppel*).

Estoppel by res judicata (ou : *per rem judicatam*, ou : *by record*) : 3, 4, 10-11, 12, 14, 40, 49-62, 66, 175, 247-253.

Cause of action estoppel : 49 n 220, 56 n 260, 248 n 797.

Collateral estoppel : 249, 250.

Cross-estoppel : 60, 61-62 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'—).

Définition de l'— : 49-51.

Effets de l'— : 51-52.

Éléments constitutifs de l'— : 52-59, 60.

Estoppel by record : 10-11, 12, 49, n 220, 51 n 230, 55, 247.

Issue estoppel : 49 n 220, 56 n 260, 248, 249, 250, 251, 253.

Mise en œuvre de l'— : 59-60.

(Voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'— ; Maximes juridiques ; Nature juridique de l'—).

— **en droit international public** : 2-5, 14, 63-336.

Applicabilité de l'— : 76, 89, 99, 190 n 517.

Application implicite de l'— : 70, 74, 176-180, 197-201, 209 *in fine*.

Conceptions de l'— : 3, 71-72, 269.

Affrontement entre les conceptions extensive et restrictive de l'— : 93-172.

Conception extensive de l'— : 71, 73-92, 170, 178, 182-190, 194-212, 229-240, 332.

Conception restrictive de l'— : 72, 93, 139-172, 190-192, 204, 214-215, 332, 335.

Conceptions de l'— dans la doctrine internationale : 173-192.

Construction juridique de l'— : 6, 72, 78, 96, 101.

Cross-estoppel : 329-330 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'—).

Définition de l'— : 146-147, 259-260.

Effets de l'— : 260-271.

Effet relatif de l'— : 301.

Éléments constitutifs de l'— : 72, 87, 93, 94-96, 99-102, 103, 108, 113, 115, 117, 119, 120, 125, 127, 130-137 (*passim*), 142, 144, 146-147, 150-152, 155, 156, 157, 159, 163, 168-171 (*passim*), 191, 194, 195, 202, 259, 272-303, 333 *in fine* - 334.

(Voir aussi : Acte ; Attitude ; Avantage ; Comportement ; Conduite ; Contradiction ; Incitation ; Modification des positions ; Préjudice ; Représentation des choses).

—, institution juridique autonome : 73 *in fine*, 174, 193, 239, 332, 334.

— *lato sensu* (voir : Conception extensive de l'—).

— *stricto sensu* (voir : Conception restrictive de l'—).

Fondement juridique de l'— : 304-315, 335 (voir aussi : Accord (théorie de l'accord implicite) ; Bonne foi (théorie de la) ; Responsabilité internationale (théorie de la)).

Introduction du terme d'— : 4 *in fine* - 5.

Mise en œuvre de l'— : 137, 316-320.

Réception de l'— : 3, 214-215, 273, 333.

Non-réception en droit international de l'— *by res judicata* : 247-253.

Processus de la réception en droit international de l'— *by representation* : 216-246.

Situation d'— : 21, 168 *in fine*, 272, 324, 334.

(Voir aussi : Champ d'application de l'— : Fins de non recevoir contre l'— ; Nature juridique de l'— ; *Quasi-estoppel*).

Ex æquo et bono (voir : Équité).

Exception : 318.

— *de dolo malo* : 232.

— de nullité : 41 n 178, 60 n 284, 321 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel*).

— d'illégalité : 43 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation* ; *Jus cogens*).

— fondée sur l'*estoppel* : 162.

— préliminaire : 320.

d'incompétence : 112, 211, 318, 319.

d'irrecevabilité : 318, 319.

— tirée de la doctrine de l'*estoppel* : 150.

Estoppel, — préliminaire : 157 et ss., 319.

— d'incompétence : 155.

— d'irrecevabilité : 94, 95, 149, 261, 316-317, 319.

(Voir aussi : Mise en œuvre de l'*estoppel* ; Nature juridique de l'*estoppel* ; Objection péremptoire ; Procédure).

Ex delicto non oritur actio : 190 *n* 517.

Ex injuria jus non oritur : 190 *n* 517.

Existing facts (voir : Droit anglais).

Evidence (Law of) (voir : Preuve).

F

Fait juridique : 310 *in fine* - 311.

Quasi-contrat, — : 335.

Fins de non-recevoir : 41 *n* 178, 318 *in fine* - 320.

— contre l'*estoppel by representation* : 26, 41-44, 321.

Contrainte (*Coercion, Duress*) : 43.

Cross-estoppel : 44.

Exception d'illégalité : 43-44.

Fraud : 43.

Mauvaise foi du destinataire de la *representation* : 42.

Révocation de la *representation* par son auteur : 42.

— contre l'*estoppel by res judicata* : 60-62.

Collusion : 61.

Contract : 60 *n* 285.

Cross-estoppel : 61-62.

Public policy : 60 *n* 285.

— contre l'*estoppel* en droit international : 321-330.

Connaissance de l'inexactitude ou de l'irrégularité de la représentation des choses : 322-323.

Contrainte : 327.

Corruption : 326-327.

Cross-estoppel : 329-330.

Dol : 326-327.

Jus cogens (violation du) : 327-329.

Révocation de la représentation des choses par son auteur : 323-324.

— déduite d'un acquiescement : 113.

— de procédure : 319.

Estoppel, — : 94, 318 (voir aussi : *Estoppel*, mise en œuvre) ; Nature juridique de l'*estoppel*).

— liées au fond : 319.

Final judgment (voir : Jugement).

Fondement d'une action en justice (voir : Nature juridique de l'*estoppel*).

Fondement juridique de l'estoppel (voir : *Estoppel*).

Forbidden to speak against his own act or deed : 149.

Forclusion (Foreclusion, Preclusion, Preclusionone): 70, 76, 84, 86, 87, 90, 92, 94, 98 *n* 137, 101, 103, 107, 108, 111, 115-121 (*passim*), 126-137 (*passim*), 153-154, 158-160, 169, 171, 175 *in fine*, 184 *n* 481 et *n* 482, 185, 187-189, 239.

— et *estoppel*: 213-214.

Foreclusion (voir : Forclusion).

Formalisme

Non — du droit international : 125, 274.

Fraud (voir : Droit anglais ; Fins de non-recevoir contre l'*estoppel*).

Fraudem suam nemo debet allegare: 232 *n* 737.

Fraudulent misrepresentation (voir : *Misrepresentation*).

G

Gratuitous promise (voir : Promesse).

H

Habeas corpus (voir : Droit anglais).

I

Identity of subject-matter (voir : Droit anglais).

Illegality (voir : Droit anglais).

Incitation (Inducement)

— à agir, élément constitutif de l'*estoppel*: 24, 25, 156, 286-293.

Inducement (voir : Incitation).

Injury (voir : Préjudice).

Institution juridique

Estoppel, — autonome (voir : *Estoppel* en droit international).

Intention

— d'un sujet de droit (aux fins de l'*estoppel*): 16 *n* 41, 65, 290 *in fine* - 292 (voir aussi : Manifestation de volonté).

Interest rei publicae ut sit finis litium: 49, 50 *n* 220.

Interprétation

— des traités et *estoppel*: 88-89, 198.

Irrecevabilité

— d'un grief: 112.

— d'une prétention ou d'une réclamation: 70, 74.

— d'une rétractation: 15, 262.

Issue estoppel (voir : *Estoppel by res judicata*).

Issue of fact (voir : Droit anglais).

J

Judgment (voir : Jugement).

Judicature Acts (1873 et 1875) (voir : Droit anglais).

Judicial tribunal (voir : Droit anglais).

Jugement (Judgment).

Décision avant-dire droit : 54.

Décision de rejet (*dismissal of action or motion*) : 54.

Décision interlocutoire : 54.

Dispositif d'un — : 251.

Final — : 54.

— d'accord ou d'expédient (— *by consent*) : 54.

— d'appel (*appellate decision*) : 54.

— déclaratoire : 53.

— de débouté : 54.

— *in personam* : 52 n 232, 53, 62 n 293, 252.

— *in rem* : 51, 52 n 232, 56-59, 61, 62 n 293, 252.

— *inter omnes* : 57 n 263.

— *inter partes* : 52 n 232, 53, 56-57.

Motifs d'un — : 251.

(Voir aussi : Droit anglais (*Bar to subsequent proceedings*; *Cour/ Court*; *Issue of fact*; *Identity of subject-matter*; *Judicial tribunal*; *Estoppel by res judicata*).

Jurisprudence

— internationale, en tant que source du droit international : 217-218, 244-246.

(Voir aussi : Droit international coutumier jurisprudentiel, Droit judiciaire; *Stare decisis*).

Jus cogens (voir : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel* en droit international).

L

Laches (voir : Droit anglais).

Lacunes

— du droit international : 220.

Law

— *of evidence* : 16, 19, 270 (voir aussi : Preuve).

(Voir aussi : *Adjective law*; Droit anglais (*Law Reform Committee, Law Revision Committee, Statute law*); *Substantive law*).

Lying by (voir : Droit anglais).

M

Manifestation de volonté : 311, 312, 331.

— expresse : 312, 314.

— implicite (tacite) : 312-314.

(Voir aussi : Déclaration de volonté; *Representation*; Représentation des choses; *Willenstheorie*).

Matérialité (Materiality)

— de la *representation* (représentation des choses) : 26, 38, 292, 305
(voir aussi : *Estoppel*, éléments constitutifs).

Mauvaise foi

— de l'auteur d'une *representation* : 26, 293.

— du destinataire d'une *representation* : 42.

(Voir aussi : Bonne foi; Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation*).

Maximes juridiques

Estoppel et — : 87-92.

— romaines : 73, 78, 230.

(Et voir : *Allegans contraria non audiendus est* ; *Ex delicto non oritur actio* ; *Ex injuria jus non oritur* ; *Forbidden to speak against his own act or deed* ; *Interest rei publicae ut sit finis litium* ; *Fraudem suam nemo debet allegare* ; *Mutare consilium qui non potest in alterius detrimentum* ; *Nemo bis vexari pro una et eadem causa* ; *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam* ; *Nullus commodum capere de sua injuria propria* ; *Quod semel placuit amplius displicere non potest* ; *Res judicata pro veritate habetur* ; « Souffler le chaud et le froid » ; *Turpitudinem suam allegans non auditur* ; *Venire contra factum proprium*).

Merits (voir : Droit anglais).

Mise en œuvre de l'estoppel (voir : *Estoppel*).

Misrepresentation : 13, 38.

Fraudulent — : 43, 327.

Modification

— dans les positions relatives des Parties, élément constitutif de l'*estoppel* : 27-28, 127, 130 *in fine* - 131, 156, 293-300 (voir aussi : *Avantage* ; *Préjudice*).

— des conclusions en cours d'instance : 299 *in fine* - 300.

— d'une demande en cours d'instance : 84 *in fine*.

Moyen de défense

— en droit international : 318.

Estoppel, — : 18, 261, 271, 318.

(Voir aussi : *Estoppel* (mise en œuvre) ; *Nature juridique de l'estoppel* ; *Procédure*).

Mutare consilium qui non potest in alterius detrimentum : 233 *n* 728.

N

Nationalité

Application de l'*estoppel* en matière de — : 107-111, 198-199.

Théorie de la — apparente : 88.

« Nations civilisées » (voir : *Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*).

Nations Unies (Organisation des).

Charte des —

art. 92 : 193.

art. 93 : 224.

art. 94 : 246 *n* 789.

Commission du droit international des — : 188-189, 325, 328.

Projet d'articles sur le droit des traités : 187, 325.

art. 38 : 281 *n* 123.

art. 45 à art. 49 : 325 *n* 319.

art. 45 : 325 *n* 320.

art. 46 : 325 *n* 321.

art. 47 : 325 *n* 322.

art. 48 : 325 *n* 323.

art. 49 : 325 *n* 323.

Projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités : 285.
Conférence des — sur le droit des traités : 188, 281.
Conférence des — sur la succession d'Etats en matière de traités : 285.
« Nationaux des — » : 88 n 104 et n 107.
Résolutions de l'Assemblée générale des — : 87.
Secrétaire général des — : 82, 84.
(Voir aussi : Tribunal administratif des —).

Nature juridique de l'estoppel

- en droit anglais
Estoppel by representation : 16-19.
Règle de droit matériel : 17-19.
Règle de preuve, de la procédure (probatoire) : 10, 16-19, 307, 331.
Estoppel by res judicata : 51-52.
 - en droit international : 93, 96, 192, 260-271.
Empêchement légal : 318.
Fondement d'une action en justice : 66.
Objection péremptoire : 184, 318.
Règle de droit matériel, de fond : 66, 90, 92, 130, 174, 184-187, 206, 214-215, 260, 265, 266, 269.
Règle de preuve, de la procédure (probatoire) : 90, 92, 97, 130, 174, 175, 181, 183-184, 260-271, 316.
Règle du droit judiciaire : 140, 332.
Règle jurisprudentielle : 246.
- (Voir aussi : Droit international coutumier jurisprudentiel ; Exception (*Estoppel*, —) ; Fin de non-recevoir (*Estoppel*, —) ; Preuve ; Procédure).

Négligence (Negligence)

- en droit anglais : 20 (voir aussi : *Estoppel* en droit anglais (*Estoppel by negligence*) ; *Representation* par abstention ou par omission).
- en droit français : 237.
- en droit international : 275, 313.

Nemo bis vexari pro una et eadem causa : 50.

Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam : 129.

Non concedit venire contra factum proprium (voir : *Venire contra factum proprium*).

Nullus commodum capere de sua injuria propria : 129, 190 n 157, 269.

O

Oath (voir : Droit anglais).

Obiter dictum : 53 n 239.

Objection péremptoire (voir : Nature juridique de l'*estoppel* en droit international).

Ommission (voir : Droit anglais).

Opinio juris (voir : Droit international coutumier).

Organe

- habilité à engager un sujet de droit international : 106, 108, 110 *in fine* - 111, 146, 162 *in fine* - 164, 180, 276-286, 289 n 158, 302 (voir aussi : *Estoppel* en droit international, éléments constitutifs).

Organisation des Nations Unies (voir : Nations Unies).

Organisation internationale

Estoppel et pratique des — : 71, 93, 140.

Formation du droit coutumier et pratique des — : 243.

Origine de l'estoppel (voir : *Estoppel*).

P

Pacta sunt servanda : 206 n 587.

Plea : 318.

— *of admission* : 180.

— *of estoppel* : 162, 163, 164, 269.

— *of former recovery* : 51, 52, 248.

— *of invalidity* : 83.

— *of res judicata* : 52 n 232.

Pleadings (voir : Droit anglais).

Pratique

Estoppel et — des Etats (— gouvernementale et diplomatique) : 67, 70, 71, 73, 74-77, 93, 100, 140.

Estoppel et — des Organisations internationales (voir : Organisation internationale).

Preclusion (voir : Forclusion).

Preclusion (voir : Forclusion).

Prejudice (voir : Préjudice).

Préjudice (Damage, Detriment, Disadvantage, Dommage, Injury, Prejudice)

—, élément constitutif de l'*estoppel by representation* en droit anglais : 27-28.

—, élément constitutif de l'*estoppel* en droit international : 95, 100, 113 *in fine* - 114, 116, 117, 121, 127, 130, 131, 133, 135, 140, 142, 144, 156, 158, 161-165 (*passim*), 169, 171, 178, 293-300, 307.

Prescription : 91, 134.

— acquisitive : 122-125 (*passim*), 211 *in fine*.

Présomption

— de vérité : 14.

— *juris et de jure* : 17, 270.

— légale : 42, 322.

Preuve (Evidence)

Administration des — et *estoppel* : 18, 270, 306.

Estoppel et théorie des —

en droit anglais : 10-14.

en droit international : 183-184, 194-204, 269-271.

Estoppel, règle de — (règle relative à l'admissibilité des —) : 16-19, 51, 66, 308.

Principe

— de la confiance (*Vertrauensprinzip, Vertrauenstheorie*) : 233-236, 238, 314 (voir aussi : Droit suisse).

— de la non-contradiction (voir : Contradiction).

— de la sécurité dans les rapports internationaux : 112, 118, 123.

Principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : 217, 219-228.

— et *estoppel* : 4, 65, 73, 78, 83, 87, 92, 98 n 137, 101, 106, 114-115, 134, 156, 175, 181, 182, 185, 186, 219, 229 et ss.

L'*estoppel* strictement défini n'est pas un — : 229-240.

« Nations civilisées » : 224.

Procédure

Application de l'*estoppel* en matière procédurale : 155-157 (*estoppel by election*), 157-165 (désistement d'action ou d'instance).

— écrite et orale : 6, 68, 74.

— notions fondamentales : 318-320.

Pièces de la — : 6, 74.

(Voir aussi : Chose jugée ; C.I.J. et C.P.J.I. (Règlement, Statut) ; Désistement d'action ou d'instance ; Droit anglais ; Exception ; Fins de non-recevoir contre l'*estoppel* ; Mise en œuvre de l'*estoppel* ; Modification des conclusions ; Modification d'une demande ; Nature juridique de l'*estoppel* ; Prescription ; Présomption ; Preuve).

Proclamation

— d'un sujet de droit international : 165, 166, 167.

(Voir aussi : *Representation* ; Représentation des choses).

Promesse (Promise)

— en droit américain : 32-33 (et voir : Droit américain (*promissory estoppel*)).

— en droit anglais : 30-32 (et voir : *Estoppel by representation (promissory estoppel)*).

— en droit international : 167, 189, 205, 258 n 7, 274.

— en droit romain : 232.

Gratuitous promise : 31, 32.

Protestation

— d'un sujet de droit international : 95, 205.

Absence de — : 118, 125 *in fine* - 126, 134.

Public policy (voir : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by res judicata*).

Q

Quasi-contrat : 335.

Quasi-estoppel : 32 n 129, 84, 176, 282 n 128.

Question of law (voir : Droit anglais).

Quod semel placuit amplius displicere non potest : 233 n 728.

R

Rechtsschein : 238 (voir : Apparence en droit allemand).

Recitals (voir : Droit anglais).

Reconnaissance

Acte de — en droit international : 89, 91, 96, 97, 99, 102, 103, 110 *in fine*, 112, 114, 119, 123, 129, 132 *in fine* - 135 (*passim*), 154, 167, 168, 171-172, 178, 185, 186, 189, 205, 207-209, 212.

— de Gouvernement : 142-146 (*passim*).

— d'un point de fait par une Partie (voir : *Admission*).

Record (voir : Droit anglais).

Règle

Estoppel, — de droit matériel, de fond, de preuve, de la procédure probatoire, du droit judiciaire, jurisprudentielle (voir : Nature juridique de l'*estoppel*).

— impérative du droit international général (voir : *Jus cogens*).

Règlement

— de la C.I.J. (voir : Cour internationale de Justice).

Renonciation

Acte de — en droit international : 98, 99, 112, 121, 129, 152, 158, 161, 178, 187, 189, 205, 209-210.

Representation

Auteur de la — : 22-23, 39.

— *by acts and conduct* : 20 n 59, 43 n 189.

— *by silence or inaction* : 20 n 59, 235 n 743.

— claire et non ambiguë : 21 (voir aussi : *Estoppel by representation*, éléments constitutifs).

Cross-representation : 44 n 201, 329.

Définition de la — : 15.

Destinataire de la — : 24-25.

— d'intention (voir aussi : *Estoppel by representation, promissory estoppel*).

— émise librement et sciemment (voir aussi : *Estoppel by representation*, éléments constitutifs).

— faite de *futuro* (relative à l'avenir) : 21, 29 *in fine* - 30, 32, 35 (voir aussi : *Estoppel by representation, promissory estoppel*).

Forme de la — : 20-21.

Materiality de la — : 25, 26, 38 (voir aussi : *Estoppel by representation*, éléments constitutifs).

Mauvaise foi du destinataire de la *representation* : 42 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation*).

— *of fact* : 22 n 72, 153.

— *of law* : 22 n 72.

— par abstention ou par omission : 20, 21 n 60, 235.

— par commission : 20.

Révocation de la *representation* par son auteur : 42-43 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel by representation*).

Représentation

— des choses (par un sujet de droit international) claire et non équivoque : 275-276.

(Voir aussi : *Estoppel* en droit international, éléments constitutifs).

émise librement : 286 (voir aussi : *Estoppel* en droit international, éléments constitutifs).

Forme de la — : 274-275, 302.

Matérialité de la — : 292 (voir aussi : *Estoppel* en droit international, éléments constitutifs).

Révocation de la — par son auteur : 323-324 (voir aussi : Fins de non-recevoir contre l'*estoppel* en droit international).

Institution de la représentation (d'un sujet de droit par un autre).

en droit anglais (voir : *Agency*).

en droit international : 284-285.

en droit suisse : 235 n 742.

Res judicata (voir : Chose jugée).

Res judicata pro veritate habetur : 49.

Responsabilité

— et *estoppel* : 109 *in fine* - 110.

Théorie de la —, fondement juridique de l'*estoppel* : 38-39, 306-307.

Rétractation

— des déclarations (voir : Déclaration).

Rules of the Supreme Court (voir : Droit anglais).

S

Sceau (voir : Droit anglais).

Sentence arbitrale anglaise (voir : Droit anglais).

Silence

- en droit anglais : 20 (voir aussi : *Representation* par abstention ou par omission).
- en droit international : 77, 123 *in fine*, 129, 130, 132 *in fine*, 133, 235, 275, 313.

S.D.N.

Assemblée de la — : 221.

Conseil de la — : 75, 76.

« **Souffler à la fois le chaud et le froid** » : 82, 86, 94, 110, 130, 150, 175, 208.

Sources

- auxiliaires du droit international (voir : Jurisprudence ; Doctrine).
 - du droit international : 4, 72, 216 *et ss.* (voir aussi : Droit international coutumier ; Principes généraux de droit ; Traités).
 - formelles du droit international : 216.
- (Voir aussi : Équité).

Specialty (voir : Droit anglais).

Standing by (voir : Droit anglais).

Stare decisis (voir : Chose jugée).

Statement (voir : Déclaration ; *Estoppel* en droit anglais (*Estoppel by statement*)).

Statut

- de la C.I.J. et de la C.P.J.I. (voir : Cour).

Statute law (voir : Droit anglais).

Substantive law : 90, 270.

Succession

- en matière d'*estoppel*
 - en droit anglais : 23, 24 *in fine* - 25.
 - en droit international : 285.

Sujet de droit

- anglais (voir : Droit anglais, personne juridiquement capable).
 - international : 276 *in fine* - 277.
- (Voir aussi : Acte, Attitude, Comportement, Conduite, Déclaration ; Organe habilité à engager un sujet de droit international).

Système de la confiance (voir : Principe de la confiance).

Système juridique : 98 *n* 137.

- de droit civil : 70, 230, 248, 270.
 - de droit interne : 65.
 - latino-américain : 66.
- (Voir aussi : *Common law*).

T

Territoire

Recours à l'*estoppel* en matière de — : 77, 85, 89-92, 96 *et ss.*, 121 *et ss.*, 140-141, 165 *et ss.*

Traité

- Jay : 67 n 10.
- de paix avec l'Italie (1947) : 88 n 104 et n 107, 89.
- (Et voir : Accord ; Acte conventionnel ; Conventions de Vienne sur le droit des traités et sur la succession d'Etats en matière de traités ; Champ d'application de l'*estoppel* en matière d'actes juridiques ; Sources du droit international ; Validité et nullité des actes juridiques).

Transaction (voir : Droit anglais).

Tribunaux

- administratifs des Organisations internationales (O.I.T. et O.N.U.) : 200-201, 210.
- arbitraux mixtes (T.A.M.) : 198-199.
- de prises : 67.

Rôle des agents devant les — internationaux : 282-284.

Turpitudinem suam allegans non auditur : 232 n 727.

V

Validité et nullité des actes juridiques : 112 et ss., 322-330 (*passim*).

Venire contra factum proprium : 87 *in fine*, 88, 89, 104 *in fine* - 105, 129, 149, 159 *in fine*, 160 n 369, 182 n 476, 195, 230-232, 234, 235, 237, 238, 240, 302 n 210, 314.

Verdict (voir : Droit anglais).

Vertrauensprinzip (voir : Principe de la confiance).

Vertrauenstheorie (voir : Principe de la confiance).

Vices de la volonté (théorie des) : 24, 80, 324-327.

W

Waiver (voir : Droit anglais).

Widersprüchliches Verhalten : 234.

Willenstheorie : 233.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	V
ABRÉVIATIONS	VII
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE ET CHAMP D'APPLICATION DE L'ESTOPPEL EN DROIT ANGLAIS

CHAPITRE PREMIER. — ORIGINE ET DÉVELOPPEMENT DE LA RÈGLE DE L'ESTOPPEL EN DROIT ANGLAIS	9
1. Généralités sur l'histoire du droit anglais	9
2. Origine de la règle de l' <i>estoppel</i>	10
a) L' <i>estoppel by record</i>	10
b) L' <i>estoppel by deed</i>	11
c) L' <i>estoppel by matter in pais</i>	11
3. Développement de la règle de l' <i>estoppel</i>	12
a) Evolution de l' <i>estoppel by record</i>	12
b) Evolution de l' <i>estoppel by deed</i>	13
c) Evolution de l' <i>estoppel by matter in pais</i>	13
4. Portée actuelle de la théorie de l' <i>estoppel</i>	13
5. Remarques sur l'ordonnance des matières aux Chapitres II et III	14
CHAPITRE II. — L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION	15
Section I. — Définition, nature juridique et effets de l' <i>estoppel by representation</i>	15
6. Définition	15
7. Nature juridique et effets	16

<i>Section II. — Les éléments constitutifs de l'estoppel by representation</i>	19
8. Observations générales	19
9. A) Existence d'une <i>representation</i> initiale claire et non ambiguë portant sur des faits présents ou passés (<i>existing facts</i>) et émise librement et sciemment par une personne juridique capable	20
a) Forme de la <i>representation</i>	20
b) La <i>representation</i> doit avoir été claire et non ambiguë	21
c) La <i>representation</i> doit avoir porté sur des faits présents ou passés (<i>existing facts</i>)	21
d) La <i>representation</i> doit avoir été émise librement et sciemment par une personne juridiquement capable	22
1° L'auteur de la <i>representation</i>	22
2° <i>Representation</i> émise librement et sciemment	23
10. B) Le destinataire de la <i>representation</i> initiale doit avoir été incité à agir, ou à s'abtenir d'agir, de la manière qu'il allègue et a effectivement agi, ou s'est abstenu d'agir, sur la foi de cette <i>representation</i>	24
a) Le destinataire de la <i>representation</i>	24
b) La <i>representation</i> doit avoir incité son destinataire à agir, ou à s'abtenir d'agir, de la manière qu'il allègue	25
1° <i>Inducement</i>	25
2° <i>Materiality</i> de la <i>representation</i>	26
c) Le destinataire de la <i>representation</i> doit avoir agi, ou s'être abstenu d'agir, sur la foi de celle-ci	26
11. C) Le destinataire de la <i>representation</i> doit avoir modifié sa position à son préjudice. Lien de causalité à établir. Effet relatif de l' <i>estoppel by representation</i>	27
a) Modification de position et préjudice subi	27
b) Lien de causalité à établir entre la <i>representation</i> , l'incitation à agir, la modification de position et le préjudice subi	28
c) Principe de l'effet relatif de l' <i>estoppel by representation</i>	28
12. D) La seconde <i>representation</i> , émise par l'auteur de la <i>representation</i> initiale, se rapporte aux mêmes faits que celle-ci et la contredit, l'infirmes ou la modifie sur un point essentiel	28
a) La seconde <i>representation</i>	28
b) <i>Representation</i> se rapportant aux mêmes faits que la <i>representation</i> initiale	29
c) <i>Representation</i> contredisant, infirmant ou modifiant la <i>representation</i> initiale sur un point essentiel	29

<i>Section III. — Le promissory estoppel</i>	29
13. Position théorique du problème	29
a) L' <i>estoppel by representation</i> et les <i>representations</i> émises de <i>futuro</i>	29
b) La promesse dans le droit anglais des contrats et la doctrine de la <i>consideration</i>	30
c) Correctifs apportés à la doctrine de la <i>consideration</i> par la voie du <i>promissory estoppel</i>	31
1° Les solutions du droit anglais	31
2° Les solutions du droit américain	32
14. Controverse sur le <i>promissory estoppel</i>	34
a) Le <i>promissory estoppel</i> et les éléments constitutifs de l' <i>estoppel by representation</i>	34
b) La nature juridique du <i>promissory estoppel</i> et la doc- trine de la <i>consideration</i>	35
15. Portée actuelle de la théorie du <i>promissory estoppel</i>	36
<i>Section IV. — Fondement juridique de l'estoppel by representa- tion</i>	37
16. Trois théories	37
a) La théorie de la bonne foi	37
b) La théorie de la responsabilité délictuelle	38
c) La théorie du contrat implicite	39
<i>Section V. — Mise en œuvre de l'estoppel by representation</i>	39
17. Procédure	39
<i>Section VI. — Fins de non-recevoir contre l'estoppel by represen- tation</i>	41
18. Remarques introductives	41
19. A) Mauvaise foi du destinataire de la <i>representation</i>	42
20. B) Révocation de la <i>representation</i> par son auteur	42
21. C) <i>Fraud</i> et contrainte	43
a) <i>Fraud</i>	43
b) Contrainte	43
22. D) Exception d'illégalité	43
23. E) Existence d'un <i>cross-estoppel</i> (<i>estoppel</i> contre <i>estoppel</i>)	44
<i>Section VII. — Champ d'application de l'estoppel by representation</i>	45
24. Règle d'applicabilité générale	45
25. Domaines d'application	45

a) <i>Agency by estoppel</i>	45
b) <i>Estoppel by election</i>	46
c) <i>Estoppel between landlord and tenant. Estoppel between bailor and bailee</i>	46
d) <i>Estoppel by acquiescence</i>	46
e) Autres domaines	47
CHAPITRE III. — L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA	49
Section I. — Définition, nature juridique et effets de l' <i>estoppel by res judicata</i>	49
26. Définition	49
27. Nature juridique et effets	51
Section II. — Les éléments constitutifs de l' <i>estoppel by res judicata</i>	52
28. Observations générales	52
29. A) Existence d'une décision judiciaire définitive sur le fond du litige	53
a) Preuve de l'existence d'une décision judiciaire	53
b) Les décisions judiciaires prises en considération aux fins de l' <i>estoppel by res judicata</i>	53
c) La décision judiciaire doit être définitive et porter sur le fond du litige (<i>final judgment</i>)	54
30. B) Décision judiciaire rendue par une juridiction compétente <i>ratione materiae</i> et <i>ratione personae</i>	55
a) La notion de juridiction (<i>judicial tribunal</i>)	55
b) Preuve de la compétence de la juridiction	55
31. C) Identité d'objet dans les deux instances	56
32. D) Identité des Parties dans les deux instances pour les jugements <i>in personam</i> (ou <i>inter partes</i>), et non pour les jugements <i>in rem</i>	56
a) La distinction entre jugements <i>in personam</i> et jugements <i>in rem</i>	56
b) Les jugements <i>in personam</i> et le principe de l'identité des Parties dans les deux instances	57
c) L'identité des Parties dans les deux instances n'est pas exigée pour les jugements <i>in rem</i>	57
1° Décisions judiciaires anglaises déterminant le statut personne	58
2° Décisions judiciaires anglaises déterminant le statut d'une chose	58

<i>Section III. — Mise en œuvre de l'estoppel by res judicata</i>	59
33. Procédure	59
<i>Section IV. — Fins de non-recevoir contre l'estoppel by res judicata</i>	60
34. Remarques introductives	60
35. A) <i>Fraud</i> et <i>collusion</i>	61
a) Le jugement est entaché de <i>fraud</i>	61
b) Le jugement résulte d'une <i>collusion</i>	61
36. B) Existence d'un <i>cross-estoppel</i>	61

DEUXIÈME PARTIE

RÉCEPTION DE L'INSTITUTION DE L'ESTOPPEL PAR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

INTRODUCTION	65
37. Données générales	65
38. Aperçu historique	67
39. Les travaux des publicistes sur l'estoppel en droit des gens	70
40. Deux conceptions opposées de l'estoppel	71
41. Plan de la deuxième Partie	72
CHAPITRE PREMIER. — LA CONCEPTION EXTENSIVE DE L'ESTOPPEL	73
42. Remarques introductives	73
<i>Section I. — Pratique gouvernementale et diplomatique des Etats</i>	74
43. Indications générales et exemples	74
<i>Section II. — Affaires arbitrales et judiciaires</i>	78
44. Remarques introductives	78
<i>Subdivision A. — Simple emploi du terme d'estoppel large- ment entendu</i>	78
45. Affaires arbitrales	78
46. Affaires judiciaires	82
<i>Subdivision B. — Parallèle établi entre l'estoppel lato sensu et certaines « doctrines » ou « maximes » juridiques</i>	87
47. Exemples tirés de la jurisprudence arbitrale	87

CHAPITRE II. — L'AFFRONTLEMENT ENTRE LES CONCEPTIONS EXTENSIVE ET RESTRICTIVE DE L'ESTOPPEL	93
48. Remarques introductives	93
49. <i>Affaire de la compétence de la Commission européenne du Danube (1927)</i>	93
50. <i>Affaire du statut juridique du Groënland oriental (1933)</i> ..	96
51. <i>Affaire Losinger (1936)</i>	103
52. <i>Affaire Nottebohm (2^e phase, 1955)</i>	107
53. <i>Affaire de la sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906 (1960)</i>	111
54. <i>Affaire du Temple de Préah Vihear (fond, 1962)</i>	121
CHAPITRE III. — L'AFFERMISSEMENT DE LA CONCEPTION RES- TRICTIVE DE L'ESTOPPEL	139
55. Remarques introductives	139
56. <i>Affaire de la Guyane britannique (1899)</i>	140
57. <i>Affaire Corvaia (1903)</i>	141
58. <i>Affaire Tinoco (1923)</i>	142
59. <i>Affaire de Santa Isabel (1926)</i>	145
60. <i>Affaire des emprunts serbes (1929)</i>	147
61. <i>Affaire Shufeldt (1930)</i>	152
62. <i>Affaire de l'or monétaire pris à Rome en 1943 (1954)</i>	154
63. <i>Affaire de la Barcelona Traction (exceptions préliminaires, 1964)</i>	157
64. <i>Affaires du plateau continental de la mer du Nord (1969)</i>	165
CHAPITRE IV. — LES CONCEPTIONS DE L'ESTOPPEL DANS LA DOCTRINE INTERNATIONALE	173
65. Observations générales	173
Subdivision A. — <i>Indétermination théorique des premiers travaux</i>	174
66. Principales contributions	174
Subdivision B. — <i>Mouvement en faveur de la conception exten- sive et réactions négatives</i>	182
67. Remarques introductives	182
68. <i>L'estoppel</i> largement entendu, règle de procédure	183
69. <i>L'estoppel</i> largement entendu, règle de fond	184

70. Réactions négatives	187
<i>Subdivision C. — Vers une interprétation stricte de la règle</i>	190
71. Observations générales	190
CHAPITRE V. — CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE RECOURS A L'ESTOPPEL DANS L'ORDRE INTERNATIONAL	193
72. Principales constatations et plan du Chapitre V	193
73. Utilisation du terme d' <i>estoppel</i> pour décrire simplement l'effet de la reconnaissance d'un point de fait par une Partie	194
74. Utilisation du terme d' <i>estoppel</i> pour décrire simplement l'effet d'un acte juridique unilatéral ou conventionnel générateur d'une obligation à la charge de son ou de ses auteurs	205
75. Utilisation du terme d' <i>estoppel</i> pour définir simplement la déchéance encourue par une Partie en raison de la non- observation des prescriptions d'une règle juridique	210
76. Utilisation du terme d' <i>estoppel</i> pour définir simplement la déchéance encourue par une Partie en raison du caractère illicite de l'un de ses actes	212
77. Remarques d'ordre terminologique	212
78. Réception par le droit international de l'institution de l' <i>estoppel by representation</i> de la <i>common law</i> . Problèmes à examiner	214
CHAPITRE VI. — PROCESSUS DE LA RÉCEPTION PAR LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INSTITUTION DE L'ESTOPPEL BY REPRESENTATION DE LA COMMON LAW	216
79. Remarques introductives	216
Section I. — L'institution de l' <i>estoppel by representation</i> s'est- elle introduite dans le droit des gens en tant que « principe général de droit reconnu par les nations civilisées » ?	219
80. La notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye	219
81. Rigoureusement construite, l'institution de l' <i>estoppel</i> ne saurait être qualifié de « principe général de droit reconnu par les nations civilisées » au sens de l'article 38 du Statut de la Cour de La Haye. Bref examen comparatif de quel- ques droits nationaux	229
a) Le droit romain	230
b) Le droit suisse	233
c) Le droit français	236

d) Observations générales sur les droits allemand, espagnol et italien	237
<i>Section II. — L'estoppel by representation, institution de la common law, a pris corps dans l'ordre international par la voie coutumière</i>	<i>240</i>
82. Remarques introductives	240
83. L'estoppel et la théorie générale de la coutume internationale	242
CHAPITRE VII. — NON-RÉCEPTION PAR LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INSTITUTION DE L'ESTOPPEL BY RES JUDICATA DE LA COMMON LAW. — ASPECTS DE CETTE INSTITUTION QUI SEMBLERAIENT POUVOIR L'INTÉRESSER	247
84. Remarques introductives	247
85. Observations générales	247
86. Aspects de l'institution de l'estoppel by res judicata qui sembleraient présenter quelque intérêt pour le droit international public	249

TROISIÈME PARTIE

THÉORIE ET CHAMP D'APPLICATION DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

87. Observations préliminaires et plan de la troisième Partie	257
CHAPITRE PREMIER. — DÉFINITION, NATURE JURIDIQUE ET EFFETS DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ..	259
88. Définition	259
89. Nature juridique et effets	260
CHAPITRE II. — LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	272
90. Indications préliminaires et plan du Chapitre II	272
<i>Section I. — A) Existence d'une déclaration, d'un acte ou d'un comportement initial qui, émanant d'un organe habilité à engager un sujet de droit international, a donné librement une représentation claire et non équivoque d'un certain état de fait</i>	<i>274</i>
91. Remarques introductives	274
92. Forme de la déclaration, de l'acte ou du comportement qui a donné la représentation des choses alléguée	274

93. La représentation des choses alléguée doit avoir été claire et non équivoque 275
94. La déclaration, l'acte ou le comportement invoqué doit émaner d'un organe habilité à engager le sujet de droit international qu'il représente 276
95. La représentation des choses alléguée doit avoir été émise librement 286

Section II. — B) La Partie qui recourt à l'estoppel doit prouver que la déclaration, l'acte ou le comportement qu'elle invoque l'a incitée à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière qu'elle allègue, et qu'elle a effectivement agi, ou s'est abstenue d'agir, sur la foi de cette déclaration, de cet acte ou de ce comportement 286

96. Remarques introductives 286
97. Incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, de la manière alléguée 289
 - 1° L'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, proprement dite 289
 - 2° La matérialité requise de la représentation des choses alléguée pour qu'elle puisse entraîner l'effet de l'estoppel 292
98. Avoir agi, ou s'être abstenu d'agir, sur la foi de la déclaration, de l'acte ou du comportement invoqué 293

Section III. — C) Modification dans les positions relatives des Parties en cause, au préjudice de celle qui recourt à l'estoppel, ou à l'avantage de son adversaire, ou les deux à fois. Lien de causalité à établir entre la représentation des choses alléguée, l'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, et la modification qui en est résultée dans les positions des Parties. Effet relatif de l'estoppel 293

99. Remarques introductives 293
100. Modification dans les positions relatives des Parties en cause, au préjudice de celle qui recourt à l'estoppel, ou à l'avantage de son adversaire, ou les deux à la fois 297
101. Lien de causalité à établir entre la représentation des choses alléguée, l'incitation à agir, ou à s'abstenir d'agir, et la modification dans les positions relatives des Parties 300
102. Principe de l'effet relatif de l'estoppel 301

Section IV. — D) La Partie à laquelle la déclaration, l'acte ou le comportement initial est imputable est revenue par la suite sur celui-ci en le contredisant, l'infirmant ou le modifiant sur un point essentiel 301

103. Remarques introductives 301

104. Nouvelle représentation des choses qui, émise par l'auteur de la représentation initiale, se rapporte aux mêmes faits que celle-ci et la contredit, l'infirmes ou la modifie sur un point essentiel	302
CHAPITRE III. — FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	304
105. Indications préliminaires	304
106. Théorie de la bonne foi	304
107. Théorie de la responsabilité internationale	306
108. Théorie de l'accord implicite	307
CHAPITRE IV. — MISE EN ŒUVRE DE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	316
109. Observations générales	316
110. Procédure	318
CHAPITRE V. — FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ESTOPPEL EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	321
111. Remarques introductives	321
112. A) La Partie qui recourt à l'estoppel avait ou aurait dû avoir connaissance de l'inexactitude ou de l'irrégularité de la représentation qui lui était faite	322
113. B) Révocation par son auteur de la représentation de l'état de fait à laquelle celui qui recourt à l'estoppel prétend s'être fié	323
114. C) Erreur, dol, corruption, contrainte	324
a) Erreur	325
b) Dol, corruption	326
c) Contrainte	327
115. D) Violation d'une règle impérative du droit international général (<i>jus cogens</i>)	327
116. Existence d'un <i>cross-estoppel</i> (<i>estoppel</i> contre <i>estoppel</i>)	329
CONCLUSION GÉNÉRALE	331
BIBLIOGRAPHIE	337
INDEX DES AFFAIRES CITÉES	349
INDEX ANALYTIQUE	355
TABLE DES MATIÈRES	375

